



1976 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

Editors

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.
MICHELLE GIRARD, B.A., LL.L.
JOHN J. YOUNG, B.L.

Arrétistes

MILLS SHIPLEY, B.A., LL.B., B.L.S.
MICHELLE GIRARD, B.A., LL.L.
JOHN J. YOUNG, B.L.

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

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

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

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

The Honourable RONALD MARTLAND.

The Honourable WILFRED JUDSON.

The Honourable ROLAND A. RITCHIE.

The Honourable WISHART FLETT SPENCE.

The Honourable LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

The Honourable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON.

The Honourable JEAN BEETZ.

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

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

The Honourable S. R. BASFORD.

SOLICITOR GENERAL OF CANADA

The Honourable W. ALLMAND.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

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

L'honorable RONALD MARTLAND.

L'honorable WILFRED JUDSON.

L'honorable ROLAND A. RITCHIE.

L'honorable WISHART FLETT SPENCE.

L'honorable LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

L'honorable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON.

L'honorable JEAN BEETZ.

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

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'HONORABLE S. R. BASFORD.

SOLLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable W. ALLMAND.

ERRATA

Page 48, line 32 of English version. Read “Attorney-General of British Columbia” instead of “J. B. Clarke”.

Page 48, ligne 37 de la version française. Lire «Le Procureur-général de la Colombie-Britannique» au lieu de «J. B. Clarke».

UNREPORTED JUDGMENTS—JUGEMENTS NON PUBLIÉS

*The following judgments rendered during the period January-June, 1976
will not be reported*

*Les jugements suivants rendus durant la période de janvier-juin, 1976,
ne seront pas publiés*

- Blackbird Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), appeal dismissed with costs, 5.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Boulangerie R. Samson Inc. v. Lactantia Ltée* (Qué.), appeal dismissed with costs, 29.4.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Brooks v. The Queen* (Ont.), appeal dismissed, 24.3.76, pourvoi rejeté.
- Burroughs Business Machines Ltd. v. Feed-Rite Mills (1962) Ltd.* (Man.), appeal dismissed with costs, 19.2.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Capital Associates Ltd. v. La Banque Royale du Canada* (Qué.), appeal dismissed with costs, 19.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Co-operative Fire and Casualty Co. v. Campbell et al.* (Alta.), [1975] 2 W.W.R. 64, appeal dismissed with costs, 12.2.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Cornelius v. Colborne* (Alta.), appeal dismissed with costs, 12.2.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Durand v. McCann* (Ont.), appeal dismissed with costs, 29.3.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Elverson v. Doctors Hospital et al.* (Ont.), appeal dismissed with costs, 29.3.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Entrepreneurs Benta Ltée v. La Reine et al.* (Qué.), appeal dismissed with costs, 16.3.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Halas et al. v. Board of Education, Windsor et al.* (Ont.), appeal dismissed with costs, 28.4.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Halifax (City of) et al. v. Governors of Dalhousie College and University* (N.S.), appeal dismissed with costs, 27.2.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Hobart Investment Corporation Ltd. v. Comba Holdings Ltd.* (B.C.), appeal dismissed with costs, 7.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Huebner et al. v. Landolfo* (Man.), appeal dismissed with costs, 20.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Jensen v. Armstrong et al.* (Alta.), appeal dismissed, 12.2.76, pourvoi rejeté.
- Kish v. Radics* (Sask.), appeal dismissed with costs, 12.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Lamarche v. La Ville de Montréal* (Qué.), appeal dismissed with costs, 21.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Longueuil Meat Exporting Co. Ltd. v. The Queen* (C.A.F.), appeal dismissed with costs, 23.3.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- MacInnes v. Dunn* (Ont.), appeal dismissed with costs, 4.6.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- MacLean v. Murphy* (P.E.I.), 7 N. & P.E.I.R. 127, appeal dismissed with costs, Martland and de Grandpré JJ. dissenting; cross-appeal dismissed with costs, 2.3.76, pourvoi rejeté avec dépens, les juges Martland et de Grandpré étant dissidents; pourvoi incident rejeté avec dépens.

- Montreal Ship Repairs Ltd. v. Angeliki Compania Maritima S.A. et al.* (C.A.F.), appeals dismissed with costs, 18.3.76, pourvois rejetés avec dépens.
- Montreal Trust Co. v. Minister of National Revenue* (Ont.), appeal dismissed with costs, 24.6.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Moxness v. Armstrong et al.* (Alta.), [1975] 2 W.W.R. 64, appeal dismissed with costs, 12.2.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Protestant School Board of Greater Montreal et al. v. Canadian Pacific Railway Co.* (Qué.), appeal dismissed with costs, 25.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- R. v. Wipf et al.* (F.C.A.), appeal dismissed with costs, 11.2.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Rapistan Canada Ltd. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.), appeal dismissed with costs, 28.4.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Redshaw et al. v. Gillespie* (Ont.), appeal dismissed with costs, 30.1.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Richardson v. The Queen* (Qué.), appeal dismissed, 3.3.76, pourvoi rejeté.
- Rioux-Therrien v. L'Alliance Cie Mutuelle d'Assurance-Vie et al.* (Qué.), appeal dismissed with costs, 26.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Rodriguez v. The Queen* (B.C.), appeal dismissed, 6.5.76, pourvoi rejeté.
- St-Gelais v. Sallesky* (Qué.), appeal dismissed with costs, 16.3.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Sampson et al. v. Cataraqui Region Conservation Authority* (Ont.), appeals dismissed with costs, 3.2.76, pourvois rejetés avec dépens.
- Therrien v. St-Pierre* (Qué.), appeal dismissed with costs, 19.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Touchette v. Touchette et al.* (Qué.), appeal dismissed with costs, 22.3.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Town Parking Ltd. v. City of Montreal* (Qué.), appeal dismissed with costs, 18.3.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Western Export and Import Co. Ltd. v. Dixon* (Sask.), appeal dismissed with costs, 12.5.76, pourvoi rejeté avec dépens.
- Wlodek v. Kosko et al.* (Ont.), appeal and cross-appeal quashed without costs, 30.4.76, pourvoi et pourvoi incident annulés sans dépens.

MOTIONS—REQUÊTES

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

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

- Aberman et al. v. Bank of Montreal* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 29.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Aetna Casualty & Surety Co. et al. v. Wolofsky* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Akingbade et al. v. Rivard et al. and Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused with costs, 3.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Allen v. Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused, 21.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Anderson v. Bowman* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Armco Canada Ltd. et al. v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 5.4.76, autorisation d'appeler refusée.
- Attorney General of Ontario v. Orangeville Airport Ltd.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Aubin et al. v. Lévesque et al.* (N.B.), (1975), 12 N.B.R. (2d) 342, leave to appeal refused with costs, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Beeman et al. v. The Queen* (B.C.), leave to appeal refused, 21.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Bertho v. Hôpital Chicoutimi Inc. et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Bérubé v. Paradis* (Qué.), leave to appeal refused, 31.5.76, autorisation d'appeler refusée.
- Boodram v. Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused, 6.4.76, autorisation d'appeler refusée.
- Boucher v. Raby* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cablevision du Nord de Québec Inc. v. Telephone du Nord de Québec Inc.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Canada Messenger & Transfer v. City of Winnipeg* (Man.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Broadcasting Corporation & Starowicz & Allen v. Canada Metal et al.* (Ont.), 8 O.R. (2d) 375, leave to appeal refused with costs, 25.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian General Insurance v. Joy Displays Inc.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 25.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Glassine Co. v. Minister of National Revenue* (Fed. Ct.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Capital Cable Co-op. v. Victoria Cablevision Ltd. et al.* (Fed. Ct.), leave to appeal refused with costs, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

- Chodos es qual v. Lagacé et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Choinière v. Procureur Général du Canada* (Qué.), leave to appeal refused, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Chrusch v. Chruszca et al.* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 1.3.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cole v. Attorney General for Saskatchewan et al.* (Sask.), leave to appeal refused, 6.4.76, autorisation d'appeler refusée.
- Commission Transport Communauté Urbaine de Montréal v. Mougias* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Concreters Ready Mix Ltd. v. St. Lawrence* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cook v. Kavanagh & Montreal Trust Co.* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Co-operative Trust Co. of Canada Ltd. et al. v. Tataryn* (Sask.), [1976] 2 W.W.R. 334, leave to appeal refused with costs, 1.3.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cross v. Thoms et al.* (Nfld.), leave to appeal refused, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée.
- Deep v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 5.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Dlugos v. The Queen* (Sask.), leave to appeal refused, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée.
- Ducharme v. The Queen* (Man.), leave to appeal refused, 25.2.76, autorisation d'appeler refusée.
- Duchesne v. Procureur Général de la province de Québec* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Essnal Investments Ltd., v. Dawson et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Facto Homes v. Saunders et al.* (Alta.), leave to appeal refused, 15.3.76, autorisation d'appeler refusée.
- Fedorovitch v. Fisher et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 16.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Fidelity Developments Inc. v. Alcester Investments Company* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Foran v. Richman* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Garneau v. Corporation Municipale de Ste-Marthe sur le lac* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 21.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- General Accident Assurance Co. of Canada v. Lloyd's of London* (Man.), [1976] 3 W.W.R. 31, leave to appeal refused with costs, 6.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Germain v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée.
- Gimm et al. v. Yee* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 16.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Gouthro v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 29.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Gower v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 1.4.76, autorisation d'appeler refusée.
- Groves v. Council of the College of Dental Surgeons of B.C.* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 17.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Guiney v. The Queen* (B.C.), leave to appeal refused, 29.6.76, autorisation d'appeler refusée.

- Gutteridge v. Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused, 5.5.76, autorisation d'appeler refusée.
- Hartman & Cohen v. Bank of Montreal* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 1.3.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Harwood v. Laganière* (Qué.), leave to appeal refused, 29.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Hébert v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Homonnay v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 15.3.76, autorisation d'appeler refusée.
- Hôpital de Chicoutimi Inc. v. Tremblay* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Horlick et al. v. City of Saskatoon et al.* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 6.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hudon v. Marcoux* (Qué.), leave to appeal refused, 30.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Isely v. The Queen* (Sask.), leave to appeal refused, 1.3.76, autorisation d'appeler refusée.
- Jacques v. Gingras-Langlois* (Qué.), leave to appeal refused, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée.
- Jenson v. Jensen* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kasza et al. v. Abbott et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 28.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Keroack v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée.
- Kistoo v. Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused, 1.3.76, autorisation d'appeler refusée.
- Kostyk v. Federated Co-operatives Ltd.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kushner v. MacDonald et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 5.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Laboratoires Omega Ltée v. Dermal Laboratories Ltd.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.3.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lerner v. Minister of Revenue for Quebec* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 30.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lowe v. Azzopardi et al.* (Sask.), [1976] 3 W.W.R. 377, leave to appeal refused, 29.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Madisso v. Madisso* (Ont.), 21 R.F.L. 51, leave to appeal refused with costs, 30.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Mailer v. Industrial Life Insurance Company* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- McDonald v. The Queen* (B.C.), leave to appeal refused, 29.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- McNaughton v. The Queen* (Qué.), leave to appeal refused, 5.4.76, autorisation d'appeler refusée.
- McNeely v. Martin et al.* (N.B.), leave to appeal refused with costs, 6.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Mehta et al. v. Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused, 15.3.76, autorisation d'appeler refusée.
- Messier v. Commission de Police du Québec et Ville Longueuil* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 1.3.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

- Metropolitan Board Commissioners of Police v. Dennis* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Minister of National Revenue for Customs & Excise v. Great Canadian Oil Sands Supply Ltd. et al.* (Fed. Ct.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Ministre des Transports de Québec v. Landry* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Montreal Trust Co. v. The Queen* (Fed. Ct.), leave to appeal refused with costs, 25.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Morcinek v. Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused, 15.3.76, autorisation d'appeler refusée.
- Morland et al. v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée.
- Nelson Lumber Co. Ltd. v. Hygrade Const. Ltd. et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Newfoundland & Labrador Corp'n. Ltd. et al. v. The Queen* (Nfld.), leave to appeal refused, 1.3.76, autorisation d'appeler refusée.
- Normand v. Beauchamp* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Oluk v. Marahrens et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 28.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Pilote v. Roy et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.3.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Portland Shipping Co. v. Antares Shipping Co.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Provost Ltée. v. Miller et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- R. v. Morgentaler* (Qué.), leave to appeal refused, 15.3.76, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Morris* (N.B.), leave to appeal refused, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Myrby* (Alta.), leave to appeal refused, 16.2.76, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Round* (B.C.), leave to appeal refused, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Ramkhelawan et al. v. Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused, 21.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Robinson et al. v. The Queen* (Alta.), leave to appeal refused, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Rossignol et al. v. Engler et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Roy v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Schelstraete et al. v. Industrial Enterprise Inc.* (P.E.I.), 8 N. & P.E.I. R. 438, leave to appeal refused with costs, 16.2.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900* (Qué.), leave to appeal refused, 30.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Selkirk v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 30.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Shell Canada Ltd. v. City of Winnipeg* (Man.), leave to appeal refused with costs, 7.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

- Sobel Const. Inc. v. Savignac Ltée et al. et Taub et al.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Star Bulk Shipping Co. et al. v. Celgar Ltd. et al.* (B.C.), leave to appeal refused with costs, 29.6.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Strong v. The Queen* (Ont.), leave to appeal refused, 29.6.76, autorisation d'appeler refusée.
- Szakaly et al. v. Balmer et al.* (Man.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Syndicat National Employés de l'Aluminium Baie Comeau v. Société Canadienne des Métaux Reynolds Ltée.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 5.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- St-Amant v. La Reine* (Qué.), leave to appeal refused, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Stephens v. Gulf Oil Canada et al.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 1.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Thorne et al. v. Maritime Electric Company Ltd.* (P.E.I.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Tom v. The Queen* (Man.), leave to appeal refused, 25.2.76, autorisation d'appeler refusée.
- Topcic v. Minister of Manpower & Immigration* (Fed. Ct.), leave to appeal refused, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Towers Department Stores Ltd. v. Minister of Revenue Ont.* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Tzogas v. Ontario Housing Corporation* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- United Assoc. Journeymen & App. of Plumbing & Pipe Fitting Ind. of U.S. and Canada, Local U. 488 v. Board Industrial Rel. & Reynolds et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Ville de Montréal v. Superior Steel Corp. Ltd.* (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Wakaluk v. Wakaluk* (Sask.), leave to appeal refused with costs, 1.3.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Wilcox v. Black* (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.4.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Wilson v. Hext et al.* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 17.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Wirth v. Young* (Sask.), 18 R.F.L. 316, leave to appeal refused, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée.
- Yonge-Eglinton Building Ltd. et al. v. Higgins Ltd.* (Ont.), 5 O.R. (2d) 563, leave to appeal refused with costs, 3.5.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Zodiac Developments Ltd. v. Pirie* (Alta.), leave to appeal refused with costs, 27.1.76, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS AND MOTIONS

TABLE DES JUGEMENTS ET REQUÊTES

	PAGE		PAGE
A			
Abbott <i>et al.</i> , Kasza <i>et al.</i> v.	ix	Bank of Montreal, Aberman <i>et al.</i> v.	vii
Aberman <i>et al.</i> v. Bank of Montreal.....	vii	Bank of Montreal, Hartman & Cohen v.....	ix
Aetna Casualty & Surety Co. <i>et al.</i> v. Wolofsky ..	vii	Banque Royale du Canada, Capital Associates Ltd. v.....	v
Ainscough, McGavin Toastmaster Ltd. v.	718	Beauchamp, Normand v.	x
Air Canada, Mack <i>et al.</i> v.	144	Beeman <i>et al.</i> v. The Queen.....	vii
Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of Ameri- ca <i>et al.</i>	2	Bertho v. Hôpital Chicoutimi Inc. <i>et al.</i>	vii
Akingbade <i>et al.</i> v. Rivard <i>et al.</i> and Minister of Manpower & Immigration	vii	Bérubé v. Paradis	vii
Alcester Investments Company, Fidelity Develop- ments Inc. v.	viii	Black, Wilcox v.	xi
Allen v. Minister of Manpower and Immigration ..	vii	Blackbird Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	v
Alliance Cie Mutuelle d'Assurance-Vie <i>et al.</i> , Rioux-Therrien v.	vi	Board of Education, Windsor <i>et al.</i> , Halas <i>et al.</i> v.	v
Althouse <i>et al.</i> , Gilles v.	353	Board Industrial Rel. & Reynolds <i>et al.</i> , United Assoc. Journeymen & App. of Plumbing & Pipe Fitting Ind. of U.S. and Canada Local U. 488 v.	xi
Anderson v. Bowman	vii	Boodram v. Minister of Manpower & Immigra- tion	vii
Angeliki Compania Maritima S.A. <i>et al.</i> , Mont- real Ship Repairs Ltd. v.	vi	Boucher v. Raby	vii
Antares Shipping Co., Portland Shipping Co. v.	x	Boulangerie R. Samson Inc. v. Lactantia Ltée.	v
Argo Construction Ltd. v. Customold Fiberglass Ltd.	132	Bowman, Anderson v.	vii
Armco Canada Ltd. <i>et al.</i> v. The Queen	vii	Bradshaw, R. v.	162
Armstrong <i>et al.</i> , Jensen v.	v	Breck's Sporting Goods Co. Ltd. v. Magder <i>et al.</i> ..	527
Armstrong <i>et al.</i> , Moxness v.	vi	Brooks v. The Queen	v
Armstrong, The Queen v.	783	Bruell Float Service Ltd. v. Ontario Hydro	9
Atlantic Paper Stock Ltd. v. St. Anne-Nackawic ..	580	Burroughs Business Machines Ltd. v. Feed-Rite Mills (1962) Ltd.	v
Attorney General of Canada <i>et al.</i> v. Canard	170	Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Pac- kard (Canada) Ltd.	555
Attorney General of Canada, Cotroni v.	219	C	
Attorney General of Ontario v. Orangeville Air- port Ltd.	vii	Cablevision du Nord de Québec Inc. v. Téléphone du Nord de Québec Inc.	vii
Attorney General for Saskatchewan <i>et al.</i> , Cole v.	viii	Caccamo v. The Queen	786
Aubin <i>et al.</i> v. Lévesque <i>et al.</i>	vii	Campbell, Canadian Imperial Bank of Commerce v.	341
Azzopardi <i>et al.</i> , Lowe v.	ix	Campbell <i>et al.</i> , Co-operative Fire and Casualty Co. v.	v
B			
Baker <i>et al.</i> , Slavutych v.	254	Canada Messenger & Transfer v. City of Win- nipeg.....	vii
Balmer <i>et al.</i> , Szakaly <i>et al.</i> v.	xi		

	PAGE		PAGE
Canada Metal <i>et al.</i> , Canadian Broadcasting Corporation & Starowicz & Allen v.	vii	Comba Holdings Ltd., Hobart Investment Corporation Ltd. v.	v
Canadian Broadcasting Corporation & Starowicz & Allen v. Canada Metal <i>et al.</i>	vii	Commission de Police du Québec et Ville Longueuil, Messier v.	ix
Canadian General Insurance v. Joy Displays.....	vii	Commission de Transport Communauté Urbaine de Montréal v. Mougias.....	viii
Canadian Glassine Co. v. Minister of National Revenue.....	vii	Concrete Clamps (1961) Ltd. v. Demontigny Inc. <i>et al.</i>	541
Canadian Imperial Bank of Commerce, Blackbird Investments Ltd. v.	v	Concreters Ready Mix Ltd. v. St. Lawrence.....	viii
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Campbell.....	341	Cook v. Kavanagh & Montreal Trust Co.	viii
Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.	309	Co-operative Fire and Casualty Co. v. Campbell <i>et al.</i>	v
Canadian Pacific Ltd. v. Government of Alberta, etc.	815	Co-operative Fire & Gas Co. v. Saindon.....	735
Canadian Pacific Ltd., Paskivski v.	687	Co-operative Trust Co. of Canada Ltd. v. Tataryn	viii
Canadian Pacific Railway Co., Protestant School Board of Greater Montreal v.	vi	Cornelius v. Colborne.....	v
Canadian Transport Commission v. Worldways Airlines Ltd.	751	Corporation Municipale de Ste-Marthe sur le Lac, Garneau v.	viii
Canard, Attorney General of Canada <i>et al.</i> v.	170	Côté, R. v.	595
Capital Associates Ltd. v. La Banque Royale du Canada.....	v	Cotroni v. Attorney General of Canada.....	219
Capital Cable Co-op. v. Victoria Cablevision Ltd. <i>et al.</i>	vii	Council College Dental Surgeons of B.C., Groves v.	viii
Catarauqui Region Conservation Authority, Sampson <i>et al.</i> v.	vi	Cross v. Thoms <i>et al.</i>	viii
CCH Canadian Ltd. v. Mollenhauer Contracting Co. Ltd. <i>et al.</i>	49	Customold Fiberglass Ltd., Argo Construction Ltd. v.	132
Celgar Ltd. <i>et al.</i> , Star Bulk Shipping Co. <i>et al.</i> v.	xi		
Chodos <i>es qual</i> v. Lagacé <i>et al.</i>	viii	D	
Choinière v. Procureur Général du Canada.....	viii	Dawson <i>et al.</i> , Essnal Investments Ltd. v.	viii
Chrusch v. Chruszcz <i>et al.</i>	viii	Deep v. College of Physicians & Surgeons of Ontario.....	viii
Chruszcz <i>et al.</i> , Chrusch v.	viii	Demontigny Inc. <i>et al.</i> , Concrete Column Clamps (1961) Ltd. v.	541
City of Edmonton, Hawrelak v.	387	Denison Mines Ltd. v. Minister of National Revenue.....	245
City of Halifax <i>et al.</i> v. Governors of Dalhousie College & University.....	v	Dennis, Metropolitan Board Commissioners of Police v.	x
City of Montreal, Town Parking Ltd. v.	vi	Deputy A.G. Canada <i>et al.</i> , Marcotte v.	108
City of Winnipeg, Canada Messenger & Transfer v.	vii	Dermal Laboratories Ltd., Laboratoires Omega Ltée v.	ix
City of Winnipeg, Shell Canada Ltd. v.	x	Desgagnés, Western Assurance Co. v.	286
City of Saskatoon <i>et al.</i> , Horlick <i>et al.</i> v.	ix	Dixon, Western Export and Import Co. Ltd. v.	vi
Clarke (H.F.) Ltd. v. Thermidaire Corporation Ltd.	319	Dlugos v. The Queen.....	viii
Colborne, Cornelius v.	v	Doctors Hospital <i>et al.</i> , Elverson v.	v
Cole v. Attorney General for Saskatchewan <i>et al.</i>	viii	Ducharme v. The Queen.....	viii
Coleman <i>et al.</i> , Jordan v.	126	Duchesne v. Procureur Général de la province de Québec.....	viii
College of Pharmacists (Quebec), Laporte v.	101	Dumesnil v. Sheehy.....	152
College of Physicians & Surgeons of Ontario, Deep v.	viii	Dunn, MacInnes v.	v
Colt Industries (Canada) Ltd. <i>et al.</i> v. School Commissioners.....	117	Durand v. McCann.....	v

	PAGE		PAGE
E			
Edinburgh Developments Ltd. et al., Vanderlaan <i>et al.</i> v.	294	Groves v. Council College Dental Surgeons of B.C.	viii
Elverson v. Doctors Hospital <i>et al.</i>	v	Guiney v. The Queen	viii
Engler <i>et al.</i> , Rossignol <i>et al.</i> v.	x	Gulf Oil Canada <i>et al.</i> , Stephens v.	xi
Entrepreneurs Benta Ltée v. La Reine <i>et al.</i>	v	Gutteridge v. Minister of Manpower & Immigra- tion	ix
Essnal Investments Ltd. v. Dawson <i>et al.</i>	viii	H	
F			
Facto Homes v. Saunders <i>et al.</i>	viii	Halas <i>et al.</i> v. Board of Education, Windsor <i>et al.</i>	v
Federated Co-operatives Ltd., Kostyk v.	ix	Hartman & Cohen v. Bank of Montreal	ix
Fedorovitch v. Fisher <i>et al.</i>	viii	Harwood v. Laganière	ix
Feed-Rite Mills (1962) Ltd., Burroughs Business Machines Ltd. v.	v	Hatchwell v. The Queen	39
Fidelity Developments Inc. v. Alcester Invest- ments Company	viii	Hawrelak v. City of Edmonton	387
Fisher <i>et al.</i> , Fedorovitch v.	viii	Hébert v. La Reine	ix
Foran v. Richman	viii	Hewlett-Packard (Canada) Ltd., Burton Parsons Chemicals, Inc. v.	555
Foundation Co. of Canada Ltd. v. Prince Albert Pulp Co. Ltd.	33	Hext <i>et al.</i> , Wilson v.	xi
G			
Garneau v. Corporation Municipale de Ste-Mar- the sur le Lac	viii	Higgins Ltd., Yonge-Eglinton Building Ltd. <i>et</i> <i>al.</i> , v.	xi
General Accident Assurance Co. of Canada v. Lloyd's of London	viii	Hobart Investment Corporation Ltd. v. Comba Holdings Ltd.	v
General Motors Products of Canada Ltd., Gin- gras v.	426	Homonnay v. The Queen	ix
Germain v. La Reine	viii	Hôpital de Chicoutimi Inc. <i>et al.</i> , Bertho v.	vii
Gilles v. Althouse <i>et al.</i>	353	Hôpital de Chicoutimi Inc. v. Tremblay	ix
Gillespie, Redshaw <i>et al.</i> v.	vi	Horlick <i>et al.</i> v. City Saskatoon <i>et al.</i>	ix
Gimm <i>et al.</i> v. Yee	viii	Howarth v. National Parole Board	453
Gingras v. General Motors Products of Canada Ltd.	426	Hudon v. Marcoux	ix
Gingras-Langlois, Jacques v.	ix	Hueber <i>et al.</i> v. Landolfo	v
Ginter <i>et al.</i> v. Oldfield, Kirby & Gardner Real Estate Ltd.	292	Hygrade Const. Ltd. <i>et al.</i> , Nelson Lumber Co. Ltd. v.	x
Gouthro v. The Queen	viii	I	
Government of Alberta, etc., C.P. Ltd. v.	815	Industrial Enterprise Inc., Schelstraete <i>et al.</i> v.	x
Governors of Dalhousie College and University, Halifax (City of) <i>et al.</i> v.	v	Industrial Life Insurance Company, Mailer v.	ix
Gower v. The Queen	viii	International Nickel Co. of Canada Ltd., Penvidic Contracting Co. Ltd. v.	267
Great Canadian Oil Sands Supply Ltd. <i>et al.</i> , Minister of National Revenue for Customs & Excise v.	x	Interprovincial Co-operatives Ltd. <i>et al.</i> v. The Queen	477
J			
		Isely v. The Queen	ix
		J	
		Jackson v. Millar	225
		Jacques v. Gingras-Langlois	ix
		Jensen v. Armstrong <i>et al.</i>	v

	PAGE		PAGE
Jensen, Jensen v.	ix	Mailer v. Industrial Life Insurance Company	ix
Jenson v. Jensen	ix	Marahrens <i>et al.</i> , Oluk v.	x
Jordan v. Coleman <i>et al.</i>	126	Marcotte v. Deputy Attorney General of Canada <i>et al.</i>	108
Joy Displays Inc., Canadian General Insurance v.	vii	Marcoux, Hudon v.	ix
K			
Kasza <i>et al.</i> v. Abbott <i>et al.</i>	ix	Marcoux <i>et al.</i> v. The Queen	763
Kavanagh & Montreal Trust Co., Cook v.	viii	Maritime Electric Co. Ltd., Thorne <i>et al.</i> v.	xi
Keroack v. La Reine	ix	Martin <i>et al.</i> , McNeely v.	ix
Kicking Horse Forest Products Ltd., Minister of Finance v.	711	McCann, Durand v.	v
Kish v. Radics	v	McDonald v. The Queen	ix
Kistoo v. Minister of Manpower & Immigration ..	ix	McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough	718
Kosko <i>et al.</i> , Wlodek v.	vi	McNaughton v. The Queen	ix
Kostyk v. Federated Co-operatives Ltd.	ix	McNeely v. Martin <i>et al.</i>	ix
Kushner v. MacDonald <i>et al.</i>	ix	Mehta <i>et al.</i> v. Minister of Manpower & Immi- gration	ix
L			
Laboratoires Omega v. Dermal Laboratories Ltd.	ix	Messier v. Commission de Police de Québec et Ville Longueuil	ix
Lactantia Ltée, Boulangerie R. Samson Inc. v.	v	Metropolitan Board Commissioners of Police v. Dennis	x
Lagacé <i>et al.</i> , Chodos <i>es qual</i> v.	viii	Metropolitan Homes Ltd., Politzer v.	363
Laganière, Harwood v.	ix	Millar, Jackson v.	225
Lamarche v. La Ville de Montréal	v	Miller <i>et al.</i> , Provost Ltée v.	x
Landolfo, Hueber <i>et al.</i> v.	v	Minister of Finance v. Kicking Horse Forest Products Ltd.	711
Landry, Ministre des Transports de Québec v.	x	Minister of Manpower & Immigration, Allen v.	vii
Laporte v. College of Pharmacists (Québec)	101	Minister of Manpower & Immigration, Boodram v.	vii
Lauer, Public Trustee v.	781	Minister of Manpower & Immigration, Gut- teridge v.	ix
Lerner v. Minister of Revenue for Quebec	ix	Minister of Manpower & Immigration, Kistoo v. ...	ix
Lévesque <i>et al.</i> , Aubin <i>et al.</i> v.	vii	Minister of Manpower & Immigration, Lowe v.	385
Little and Wolski v. The Queen	20	Minister of Manpower & Immigration, Mehta <i>et al.</i> v.	ix
Lloyd's of London, General Accident Assurance Co. of Canada v.	viii	Minister of Manpower & Immigration, Morcinek v.	x
Longueuil Meat Exporting Co. Ltd. v. The Queen ..	v	Minister of Manpower & Immigration, Prata v.	376
Lowe v. Azzopardi <i>et al.</i>	ix	Minister of Manpower & Immigration, Ramk- helawan <i>et al.</i> v.	x
Lowe v. Minister of Manpower and Immigration ..	385	Minister of Manpower & Immigration, Sciara v. ...	376
M			
MacDonald <i>et al.</i> , Kushner v.	ix	Minister of Manpower & Immigration, Topcic v. ...	xi
MacDougall, Swift v.	240	Minister of National Revenue, Canadian Glassine Co. v.	vii
MacInnes v. Dunn	v	Minister of National Revenue, Denison Mines Ltd. v.	245
Mack <i>et al.</i> v. Air Canada	144	Minister of National Revenue, Montreal Trust Co. v.	vi
MacLean v. Murphy	v	Minister of National Revenue, Rapistan Canada Ltd. v.	vi
Madisso v. Madisso	ix	Minister of National Revenue for Customs Excise v. Great Canadian Oil Sands Supply Ltd. <i>et al.</i>	x
Magder <i>et al.</i> , Breck's Sporting Goods Co. Ltd. v. ...	527		

	PAGE		PAGE
Minister of Revenue for Ontario, Towers Department Stores Ltd. v.	xi	P	
Minister of Revenue for Quebec, Lerner v.	ix	Paquin, Morand v.	284
Ministre des Transports de Québec, v. Landry	x	Paradis, Bérubé v.	vii
Mollenhauer Contracting Co. Ltd. <i>et al.</i> , CCH Canadian Ltd. v.	49	Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.	687
Montréal (La Ville de), Lamarche v.	v	Pénvidic Contracting Co. Ltd. v. International Nickel Co. of Canada Ltd.	267
Montreal Ship Repairs Ltd. v. Angeliki Compania Maritima S.A. <i>et al.</i>	vi	Pilote v. Roy <i>et al.</i>	x
Montreal Trust Co. v. Minister of National Revenue	vi	Pirie, Zodiac Developments Ltd. v.	xi
Montreal Trust Co. v. The Queen	x	Politzer v. Metropolitan Homes Ltd.	363
Morand v. Paquin	284	Portland Shipping Co. v. Antares Shipping Co.	x
Morcinek v. Minister of Manpower & Immigration	x	Prata v. Minister of Manpower & Immigration	376
Morgentaler v. The Queen	616	Prince Albert Pulp Co. Ltd., Foundation Co. of Canada Ltd. v.	33
Morgentaler, R. v.	x	Procureur général de la province de Québec, Duchesne v.	viii
Morland <i>et al.</i> v. The Queen	x	Procureur général du Canada, Choinière v.	viii
Morris, The Queen v.	x	Protestant School Board of Greater Montreal <i>et al.</i> v. Canadian Pacific Railway Co.	vi
Mougias, Commission Transport Communauté Urbaine de Montréal v.	viii	Provincial News Co., <i>et al.</i> v. The Queen	89
Moxness v. Armstrong <i>et al.</i>	vi	Provost Ltée v. Miller <i>et al.</i>	x
Murphy, MacLean v.	v	Public Trustee v. Lauer	781
Myrby, R. v.	x	Q	
N		Quebec Police Commission, Saulnier v.	572
National Parole Board, Howarth v.	453	R	
Newfoundland & Labrador Corporation Ltd. <i>et al.</i> v. The Queen	x	R., Armco Canada Ltd. <i>et al.</i>	vii
Noranda Exploration Co. Ltd. <i>et al.</i> v. Sigurdson..	296	R. v. Armstrong	783
Normand v. Beauchamp	x	R., Beeman <i>et al.</i> v.	vii
Nelson Lumber Co. Ltd. v. Hygrade Const. Ltd. <i>et al.</i>	x	R. v. Bradshaw	162
O		R., Brooks v.	v
Oldfield, Kirby & Gardner Real Estate Ltd., Ginter <i>et al.</i> v.	292	R., Caccamo v.	786
Oluk v. Marahrens <i>et al.</i>	x	R. v. Côté	595
Omnus, Weiss Forwarding Ltd. v.	776	R., Dlugos v.	viii
O'Neill <i>et al.</i> v. O'Neill <i>et al.</i>	588	R., Ducharme v.	viii
Ontario Housing Corporation, Tzogas v.	xi	R. <i>et al.</i> , Entrepreneurs Benta Ltée v.	v
Ontario Hydro, Bruell Float Service Ltd. v.	9	R., Germain v.	viii
Orangeville Airport Ltd., Attorney General for Ontario v.	vii	R., Gouthro v.	viii
O'Rourke <i>et al.</i> v. Schacht	53	R., Gower v.	viii
		R., Guiney v.	viii
		R., Hatchwell v.	39
		R., Hébert v.	ix
		R., Homonnay v.	ix
		R., Interprovincial Co-operatives Ltd. <i>et al.</i> v.	477
		R., Isely v.	ix

	PAGE		PAGE
R., Keroack v.	ix	Sallewsky, St-Gelais v.	vi
R., Little and Wolski v.	20	Sampson <i>et al.</i> v. Catarauqui Region Conservation Authority	vi
R., Longueuil Meat Exporting Co. Ltd. v.	v	Saulnier v. Quebec Police Commission.....	572
R., Marcoux <i>et al.</i> v.	763	Saunders <i>et al.</i> , Facto Homes v.	viii
R., McDonald v.	ix	Savignac Ltée <i>et al.</i> et Taub <i>et al.</i> , Sobel Const. Inc. v.	xi
R., McNaughton v.	ix	Schacht, O'Rourke <i>et al.</i> v.	53
R., Montreal Trust Co. v.	x	Schelstraete <i>et al.</i> v. Industrial Enterprise Inc.	x
R., Morgentaler v.	616	School Commissioners, Colt Industries (Canada) Ltd. <i>et al.</i> v.	117
R. v. Morgentaler	x	Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900	x
R., Morland <i>et al.</i> v.	x	Sciara v. Minister of Manpower & Immigration ..	386
R. v. Morris	x	Selkirk v. The Queen	x
R. v. Myrby	x	Sheehy, Dumesnil v.	152
R., Newfoundland & Labrador Corporation Ltd. <i>et al.</i>	x	Shell Canada Ltd. v. City of Winnipeg	x
R., Provincial News Co., <i>et al.</i> v.	89	Sigurdson, Noranda Exploration Co. Ltd. <i>et al.</i> v.	296
R., Richardson v.	vi	Slavutych v. Baker <i>et al.</i>	254
R., Robinson <i>et al.</i> v.	x	Sobel Const. Inc. v. Savignac Ltée <i>et al.</i> et Taub <i>et al.</i>	xi
R., Rodriguez v.	vi	Société Canadienne de Métaux Reynolds Ltée., Syndicat National Employés de l'aluminium Baie Comeau v.	xi
R. v. Round	x	St-Amant v. La Reine	xi
R., Roy v.	x	St. Anne-Nackawic, Atlantic Paper Stock Ltd. v.	580
R., Selkirk v.	x	St-Gelais v. Sallewsky	vi
R., St-Amant v.	xi	St-Pierre, Therrien v.	vi
R., Strong v.	xi	Star Bulk Shipping Co. <i>et al.</i> v. Celgar Ltd. <i>et al.</i>	xi
R., Tom v.	xi	Stephens v. Gulf Oil Canada <i>et al.</i>	xi
R., Vaillancourt v.	13	St. Lawrence, Concreters Ready Mix Ltd. v.	viii
R. v. Wipf <i>et al.</i>	vi	Strong v. The Queen.....	xi
Raby, Boucher v.	vii	Superior Steel Corpn. Ltd., Ville de Montréal v. ..	xi
Radics, Kish v.	v	Swift v. MacDougall	240
Ramkhelawan <i>et al.</i> v. Minister of Manpower & Immigration	x	Syndicat National Employés de L'aluminium Baie Comeau v. Société Canadienne de Métaux Reynolds Ltée.	xi
Rapistan Canada Ltd. v. Minister of National Revenue	vi	Szakaly <i>et al.</i> v. Balmer <i>et al.</i>	xi
Redshaw <i>et al.</i> v. Gillespie.....	vi		
Richardson v. The Queen.....	vi	T	
Richman, Foran v.	viii	Tataryn, Co-operative Trust Co. of Canada Ltd. <i>et al.</i> v.	viii
Rioux-Therrien v. L'Alliance Cie Mutuelle D'Assurance-Vie <i>et al.</i>	vi	Teamsters Local Union 900, Schwartz Service Station v.	x
Rivard <i>et al.</i> and Minister of Manpower & Immigration, Akingbade <i>et al.</i> v.	vii	Téléphone du Nord de Québec Inc., Cablevision du Nord de Québec Inc. v.	vii
Robinson <i>et al.</i> v. The Queen	x	Thermidaire Corporation Ltd., Clarke (H.F) Ltd. v.	319
Rodriguez v. The Queen	vi		
Rossignol <i>et al.</i> v. Engler <i>et al.</i>	x		
Round, R., v.	x		
Roy v. La Reine	x		
Roy <i>et al.</i> , Pilote v.	x		
S			
Saindon, Co-operative Fire & Gas Co.	735		

	PAGE		PAGE
Therrien v. St-Pierre.....	vi	Ville de Montréal v. Superior Steel Corpn. Ltd.	xi
Thoms <i>et al.</i> , Cross v.	viii		
Thorne <i>et al.</i> v. Maritime Electric Co. Ltd.	xi	W	
Tom v. The Queen	xi		
Topcic v. Minister of Manpower & Immigration ..	xi	Wakaluk v. Wakaluk	xi
Touchette v. Touchette <i>et al.</i>	vi	Walkem Machinery & Equipment Ltd., Canadian Indemnity Co. v.	309
Towers Department Stores Ltd. v. Minister of Revenue Ontario.....	xi	Weiss Forwarding Ltd. v. Omnus	776
Town Parking Ltd. v. City of Montreal	vi	Western Assurance Co. v. Desgagnés	286
Tremblay, Hôpital de Chicoutimi v.	ix	Western Export and Import Co. Ltd. v. Dixon	vi
Tzogas v. Ontario Housing Corporation	xi	Wilcox v. Black	xi
		Wilson v. Hext <i>et al.</i>	xi
U		Wipf <i>et al.</i> , R. v.	vi
		Wirth v. Young	xi
United Association Journeymen & App. of Plumbing & Pipe Fitting Ind. of U.S. and Canada Local U. 488 v. Board Industrial Rel. & Reynolds <i>et al.</i>	xi	Wlodek v. Kosko <i>et al.</i>	vi
United Steel Workers of America <i>et al.</i> , Air-Care Ltd. v.	2	Wolofsky, Aetna Casualty & Surety Co. <i>et al.</i> v. ...	vii
		Worldways Airlines Ltd., Canadian Transport Commission v.	751
		Y	
		Yee, Gimm <i>et al.</i> v.	viii
V		Yonge-Eglinton Building Ltd. <i>et al.</i> v. Higgins Ltd.	xi
Vaillancourt v. The Queen	13	Young, Wirth v.	xi
Vanderlaan <i>et al.</i> v. Edinburgh Developments Ltd. <i>et al.</i>	294	Z	
Victoria Cablevision Ltd. <i>et al.</i> , Capital Cable Co-op v.	vii	Zodiac Developments Ltd. v. Pirie	xi

TABLE OF CASES CITED

TABLE DES CAUSES CITÉES

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
A		
Abbott, Re	(1970), 1 C.C.C. (2d)147	115
Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers	(1854), 23 L.T.O.S. 315	422
Ace Holdings Corporation v. Montreal Catholic School Commission	[1972] S.C.R. 268	437
Aero Service Ltd. v. O'Malley	[1974] S.C.R. 592	392
Alexander v. Toronto, Hamilton & Buffalo Railway Co. & Ricker..	[1954] S.C.R. 707	698
Ali v. Jayaratne, Re	[1951] A.C. 66	462
Anderson v. Canadian National Railways.....	[1944] O.R. 169	690, 698
Appleby v. Myers.....	(1867), L.R. 2 C.P. 651.....	301
Argue, (F.W.) Limited v. Howe.....	[1969] S.C.R. 354	11
Argyll v. Argyll	[1967] Ch. 302.....	263
Atlantic Star.....	[1974] A.C. 436.....	514
Attorney General for Alberta v. Attorney General for Canada	[1943] A.C. 356.....	509
Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario	[1898] A.C. 700.....	492, 519
Attorney General of Canada v. Lavell.....	[1974] S.C.R. 1349	177, 187, 192, 193, 204
Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada	[1894] A.C. 189.....	442
Attorney General of Ontario v. Scott.....	[1956] S.C.R. 137.....	491, 503, 509
Attorney General of Quebec v. Bégin	[1955] S.C.R. 593	769
Audette v. Guérard & Guérin.....	(1912), 42 Que. S.C. 14	546
Australian Hardwoods Pty. Ltd. v. Commissioner for Railways.....	[1961] 1 All E.R. 737	733
B		
Bank of Canada v. The King.....	[1913] A.C. 283.....	509
Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.	[1950] 1 All E.R. 392	236
Beauharnois Light, Heat & Power Co. Ltd. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario	[1937] O.R. 796.....	503
Bell v. University of Auckland	[1969] N.Z.L.R. 1029.....	263
Bell Canada v. Office & Professional Employees, International Union, Local 131	[1976] S.C.R. 335	7
Belyea v. The King.....	[1932] S.C.R. 279	664
Bingham v. The Queen	[1971] S.C.R. 369	43, 46
Binus v. The Queen	[1967] S.C.R. 595	738
Bissonnette v. Bank of Nova Scotia	[1964] Que. Q.B. 918	429, 440
Blais v. Shaw <i>et al.</i>	[1971] C.A. 5	440

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Board of Health for the Township of Saltfleet v. Knapman	[1956] S.C.R. 877	460
Board of Trustees of Lethbridge Irrigation District v. Independent Order of Foresters	[1940] A.C. 513	509
Bonanza Creek Hydraulic Concession v. The King	(1908), 40 S.C.R. 281	466
Bouchard Inc. v. Gagnon	[1968] Que. Q.B. 803	546
Bourjois & Co., Inc. v. Katzel	(1923), 260 U.S. 689	535
Bouvier v. Fee	[1932] S.C.R. 118	691, 701
Bozanich, Re—The A.H. Boulton Co. Ltd. v. The Trusts & Guarantee Co. Ltd.	[1942] S.C.R. 130	441
Brill, Re	[1967] 2 O.R. 586	358
Brisbois, Re	(1962), 133 C.C.C. 188	223
British Coal Corp. v. The King	[1935] A.C. 500	512
British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.	[1971] S.C.R. 321	314
British Westinghouse Electric & Manufacturing Co. Ltd. v. Under- ground Electric Railway Co. of London, Limited	[1912] A.C. 673	278
Brodie v. The King	[1936] S.C.R. 188	24
Brodie, Dansky & Rubin v. The Queen	[1962] S.C.R. 681	94, 98
Brooks v. Pavlick	[1964] S.C.R. 108	460
Brownridge v. The Queen	[1972] S.C.R. 926	178
Builders Supply Depot <i>et al.</i> v. O'Connor <i>et al.</i>	(1907), 88 P. 932	305
Burke v. Perry	[1963] S.C.R. 329	233
Burns Foods Limited v. Attorney General for Manitoba	[1975] 1 S.C.R. 494	513

C

Caldwell v. Stadacona Fire and Life Ins. Co.	(1883), 11 S.C.R. 212	740
Calgary Power Ltd. v. Copithorne	[1959] S.C.R. 24	474
Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.	[1954] S.C.R. 207	514
Canadian Comstock Co. Ltd. v. Toronto Transit Commission <i>et al.</i>	[1970] S.C.R. 205	298, 300
Canadian Credit Men's Trust Association Ltd. v. Hoffar Limited ...	[1929] S.C.R. 180	443
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Trustee	(1927), 8 C.B.R. 534	349
Canadian Indemnity Co. v. Andrews & George Co. Ltd.	[1953] 1 S.C.R. 19	317
Canadian Indemnity Company v. Walkem Machinery & Equip- ment Ltd.	[1976] 1 S.C.R. 309	739
Canadian Long Island Petroleums Ltd. & Sadim Oil & Gas Co. Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. <i>et al.</i>	[1975] 2 S.C.R. 715	371
Canadian National Steamships Co. Ltd. v. Watson	[1939] S.C.R. 11	522
Canadian Pacific Railway Co. v. Anderson	[1936] S.C.R. 200	694, 705
C.P.R. v. Parent	[1917] A.C. 195	491, 502
Canadian Pacific Railway v. Rutherford	[1945] S.C.R. 609	698
Canadian Pacific Railway v. Zambri	[1962] S.C.R. 609	727, 732
C.A.P.A.C. v. International Good Music, Inc.	[1963] S.C.R. 136	511, 523
Carr v. Fracis Times & Co.	[1902] A.C. 176	522
Catellier v. Bélanger	[1942] S.C.R. 436	446
Chabot, Rouleau et Frères Inc., Re	[1957] R.L. 508	441
Chaplin v. Boys	[1971] A.C. 356	501
Chaplin v. Hicks	[1911] 2 K.B. 786	279

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Christensen, Re	(1961), 2 C.B.R. (N.S.)324	349
Cie de Construction Charlesbourg Inc.: Lefaiivre <i>et al.</i> v. Demers	[1948] Que. Q.B. 745	429, 440
Ciglen v. The Queen	[1970] S.C.R. 804	668
Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	513
Clover, Clayton & Co. Ltd. v. Hughes	[1910] A.C. 242	316
Clydebank Engineering & Shipbuilding Co. Ltd. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda.....	[1905] A.C. 6	338
Cohen and Co. Inc. v. Industries Brandon Limitée	[1959] Que. S.C. 63	546
Commissioner for Railways v. McDermott	[1967] 1 A.C. 169	693, 703
Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst A.G.	[1964] S.C.R. 49	565
Corothers <i>et al.</i> v. Slobodian and Kearns Transport Ltd., Thomas Russell Poupard and Guaranty Trust Company of Canada	[1975] 2 S.C.R. 633	613
Cowen v. Attorney General for British Columbia	[1941] S.C.R. 321	506
Crédit Foncier Franco-Canadien v. Ross.....	[1937] 3 D.L.R. 365	503
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889.....	178, 632, 768

D

Dallison v. Caffrey	[1965] 1 Q.B. 348	772
Delisle et Fils Limitée v. de Coster <i>et al.</i>	[1970] C.A. 740	440
Desharnais v. C.P.R.	[1942] 4 D.L.R. 605	502
Doe v. Bolton	(1973), 410 U.S. 179	626
Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen.....	[1964] S.C.R. 251	99
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	84
Donohue, Donohue v. Public Trustee, Re	[1933] N.Z.L.R. 477	359
Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office	[1970] A.C. 1004	64, 67, 83
Dorval v. Bouvier	[1968] S.C.R. 288	135
Driver <i>et al.</i> v. Coca-Cola Ltd.	[1961] S.C.R. 201	147, 149
Dufferin Paving & Crushed Stone, Ltd. v. Anger	[1940] S.C.R. 174	10
Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.	[1915] A.C. 79.....	327, 338
Durayappah v. Fernando.....	[1967] 2 A.C. 337	460
Dutton v. Bognor Regis Urban District Council.....	[1972] 1 Q.B. 373	69, 85

E

Emkeit v. The Queen	[1974] S.C.R. 133	808
Empire Traction Company Ltd., Re	[1920] 3 W.W.R. 515	349

F

Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents	[1966] S.C.R. 604	567
Fenton v. Thorley & Co. Ltd.	[1903] A.C. 443	316
Flatt <i>et al.</i> v. Ferland <i>et al.</i>	(1892), 21 S.C.R. 32	449
Ford Motor of Canada Ltd. v. Prudential Assurance Co. Ltd. <i>et al.</i>	[1959] S.C.R. 539	749

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Fortier v. Poulin and Poulin	[1955] S.C.R. 181	449
Fortier, Re	(1950-51), 31 C.B.R. 131	440
Freedman v. Guaranty Trust Co. of Canada	(1929), 64 O.L.R. 200	301
Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines & Petroleum Ltd. <i>et al.</i>	[1960] S.C.R. 126	371

G

Garage CausapscaL Limitée: Traders Finance Corp. Ltd. v. Lévesque <i>et al.</i>	[1960] Que. Q.B. 264	440
Gauthier & Co. Ltd. v. The King	[1945] S.C.R. 143	129, 236
General Accident Assurance Corp. v. Noel	[1902] 1 K.B. 377	335
Gervais, Re	[1967] S.C. 714	441
Goldhar v. The Queen	[1960] S.C.R. 60	784
Gough v. National Coal Board	[1953] 2 All E.R. 1283	709
Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McKay	(1903), 34 S.C.R. 81	690, 698
Gray <i>et al.</i> v. Barr	[1971] 2 All E.R. 949	738, 747
Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. v. The Registrar of Trade Marks	[1945] Ex. C.R. 233	535
Gregson v. Gilbert	(1783), 3 Dougl. 232	677
Grobstein v. Bank Canadian National	[1963] Que. Q.B. 215	429, 440
Guay v. Lafleur	[1965] S.C.R. 12	577
Guttman Ltd. v. Mokry <i>et al.</i>	[1969] 1 O.R. 7	301

H

Hampton <i>et al.</i> v. Christensen <i>et al.</i>	(1906), 84 P. 200	305
Hanover Insurance Group v. Cameron	(1973), 298 A. 2d 715 (N.J.)	741
Harris v. Minister of National Revenue	[1966] S.C.R. 489	373
Haynes v. Harwood	[1935] 1 K.B. 146	66, 82
Hazel v. Lund	(1915), 9 W.W.R. 749	304
Heppel v. Stewart	[1968] S.C.R. 707	11
Hill, Clarke-Francis Ltd. v. Northland Groceries (Quebec) Ltd.	[1941] S.C.R. 437	547
Hilson, Ex Parte	(1973), 12 C.C.C. (2d) 343	115
Hind v. The Queen	[1968] S.C.R. 234	784
Hoffmann-La Roche v. Secretary of State for Trade & Industry	[1974] 2 All E.R. 1128	824
Holt v. United States	(1910), 218 U.S. 245	769
Home Insurance Co. v. Lindal and Beattie	[1934] S.C.R. 33	313
Horrocks v. Lowe	[1972] 3 All E.R. 1098	264
Hull Estate, Re	[1943] O.R. 778	359
Hutton v. Watling	[1948] Ch. 26	373

I

Imperial Tobacco Co. of India Ltd. v. Bonnan	[1924] A.C. 755	536
Indemnity Ins. Co. of North America v. Excel Cleaning Service	[1954] S.C.R. 169	317
Isaac <i>et al.</i> v. Bédard	[1974] S.C.R. 1349	204

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
J		
Jenner v. Sun Oil Company Ltd.	[1952] O.R. 240	523
Jewel Construction Co. Ltd. v. Bank of Nova Scotia	[1972] 4 W.W.R. 20	350
K		
Kennedy & Beaucage Mines Ltd., Re	[1959] O.R. 625	373
Kent Steel Products <i>et al.</i> v. Arlington Management Consultants Ltd. <i>et al.</i>	[1967] S.C.R. 497	347
Kolot, Ex Parte	(1973), 13 C.C.C. (2d) 417	115
K.V.P. Company Limited v. McKie	[1949] S.C.R. 698	511
L		
Lake Erie and Detroit River Railway Company v. Barclay	(1900), 30 S.C.R. 360	702
Lamothe v. Daveluy	(1908), 41 S.C.R. 80	448
Latham v. Johnson	[1913] 1 K.B. 398	694
Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co.	(1865), L.R. 11 H.L.C. 522	536
Lemay v. The King	[1952] 1 S.C.R. 232	810
Lengyel v. Manitoba Power Commission	(1957), 23 W.W.R. 497	699
Lerwill (Deceased), Lankshear v. Public Trustee & Others, Re	[1955] N.Z.L.R. 858	359
Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society	[1918] A.C. 350	747
London and South Western Railway Co. v. Gomm	(1882), 20 Ch. D. 562	374
Lowry and Lepper v. The Queen	[1974] S.C.R. 195	178
Lumbermen's Mutual Ins. Co. v. Blackburn	(1970), 477 P. 2d 62 (Ok.)	740
M		
Manuge v. Dominion Atlantic Railway Co.	[1973] S.C.R. 232	694
Marshall Wells of Canada Ltd. v. Winnipeg Supply & Fuel Co.	(1964), 49 W.W.R. 664	314
McCaud, Ex Parte	[1965] 1 C.C.C. 168	469, 472
McCready, Re	(1909), 14 C.C.C. 481	647
McEllistrum v. Etches	[1956] S.C.R. 787	701
McKay & Maxwell, Ltd., Re	(1927), 8 C.B.R. 534	349
McLean v. Pettigrew	[1945] S.C.R. 62	522
McMillan v. Canadian Northern Railway Co.	[1923] A.C. 120	522
Memorial Gardens Association (Canada) Limited v. Colwood Cemetery Company <i>et al.</i>	[1958] S.C.R. 353	760
Mendick v. The Queen	[1969] S.C.R. 865	42, 46
Mercure v. Vary	[1970] C.A. 480	429, 435
Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co. Ltd.	[1958] S.C.R. 314	407, 418
Millette <i>et al.</i> v. Côté	[1971] 2 O.R. 155	79
Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.	(1952), 69 R.P.C. 81	560

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Mitchell <i>et al.</i> v. Canadian National Railway Co.	[1975] 1 S.C.R. 592	693, 709
Modern Hat Manufacturing Ltd., Re	(1936-37), 18 C.B.R. 101	440
Monette, Re: Mercure v. Vary <i>et al.</i>	[1970] C.A. 480	440
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.	[1975] 1 S.C.R. 393	515, 526
Morin, Re	(1968), 66 W.W.R. 566	115
Morrill v. Gallagher	(1963), 122 N.W. 2d 687	741
Morrisey v. Brewer	(1972), 92 S. Ct. 2593	460
Mouse's case	(1609), 12 Co. Rep. 63	677

N

Nadeau v. Gareau	[1967] S.C.R. 209	155
North British & Mercantile Insurance Company v. Louis Tourville <i>et al.</i>	(1895), 25 S.C.R. 177	607
North British Railway v. Budhill Coal and Standstone Company	[1910] A.C. 116	473
North Western Salt Co. Ltd. v. Electrolytic Alkali Co., Ltd.	[1914] A.C. 461	313
Northern Alberta Dairy Pool Ltd. v. Strong & Sons Ltd.	(1960), 27 D.L.R. (2d) 174	12
Northern Electric Co. Ltd. v. Photo Sound Corpn	[1936] S.C.R. 649	568

O

O'Grady v. Sparling	[1960] S.C.R. 804	313
Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario	[1937] O.R. 265	503
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty. (Wagon Mound No. 2)	[1967] 1 A.C. 617	604

P

Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449	659, 806
Patterson v. The Queen	[1970] S.C.R. 409	810
Paul v. The Queen	[1960] S.C.R. 452	784
Pauze v. Gauvin	[1954] S.C.R. 15	11
People v. Ballott	(1967), 20 N.Y. 2d 600	773
Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper	[1966] S.C.R. 673	407, 418
Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited <i>et al.</i> v. Eakins Construction Limited	[1960] S.C.R. 361	275
Phillips v. Eyre	(1870), L.R. 6 Q.B. 1	501, 523
Phipps v. Rochester Corp.	[1955] 1 Q.B. 450	701
Picken v. The King	[1938] S.C.R. 457	808
Polymer Corp. and Oil, Chemical and Atomic Workers Interna- tional Union	[1961] O.R. 176, aff'd. [1961] O.R. 438 (Ont. C.A.), aff'd., [1962] S.C.R. 388 (sub nom. Imbleau <i>et al.</i> v. Laskin <i>et al.</i>)	727, 733
Pratt v. Beaman	[1930] S.C.R. 284	149
Priestman v. Colangelo and another	[1959] S.C.R. 615	66, 82

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Procureur Général du Québec c. Bégin	[1955] S.C.R. 593	769
Prosko v. The King	(1922), 63 S.C.R. 226	808
Protestant School Board of Greater Montreal v. Jenkins Bros. Ltd.	[1967] S.C.R. 739	120
Prudential Trust Co. Ltd. v. Forseth	[1960] S.C.R. 210	373

R

R. and M, Re	(1973), 2 O.R. (2d) 86	193
R. v. Badall	[1975] 2 S.C.R. 503	784
R. v. Boucher <i>et al.</i>	(1963), 2 C.C.C. 241	813
R. v. Bourne	[1939] 1 K.B. 687; [1938] 3 All E.R. 615	645
	660, 677	
R. v. Brager	(1965), 52 W.W.R. 509	773
R. v. Brighton and Area Rent Tribunal	[1950] 2 K.B. 410	460
R. v. Burns	[1965] 2 O.R. 563	771
R. v. Burnshine	[1975] S.C.R. 693; (1974), 44 D.L.R. (3d)	584
	188, 382	
R. v. Caouette	[1973] S.C.R. 859	806
R. v. Carswell	(1916), 26 C.C.C. 288	28
R. v. Cassils	(1932), 57 C.C.C. 366	28
R. v. Cipolla	[1965] 2 O.R. 673	813
R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.	(1963), 40 C.R. 109, 42 W.W.R. 65	94
R. v. Drybones	[1970] S.C.R. 282, 177, 188, 192, 193, 204, 205	652, 677
R. v. Dudley and Stephens	(1884), 14 Q.B.D. 273	31
R. v. Emmons	(1970), 13 C.R.N.S. 310	810
R. v. Epping	(1972), 57 Cr. App. R. 499	314
R. v. Fane Robinson Ltd.	(1941), 76 C.C.C. 196	462
R. v. Gaming Board	[1970] 2 All E.R. 528	380
R. v. Governor of Pentonville Prison	[1973] 2 All E.R. 741	99
R. v. Great West News Ltd., Mantell & Mitchell	[1970] 4 C.C.C. 307	813
R. v. Greenlaw (No. 1)	[1968] 3 C.C.C. 200	669
R. v. Hancock	[1931] 100 L.J.K.B. 419	669
R. v. Heyes	[1951] 1 K.B. 29	115
R. v. Howden	[1974] 2 W.W.R. 461	768
R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada	[1971] 2 O.R. 3	17
R. v. Lafrance	(1972), 8 C.C.C. (2d) 22	807
R. v. Lawson	(1944), 81 C.C.C. 139	165
R. v. MacNeill	(1974), 19 C.C.C. (2d) 247	460
R. v. Manchester Legal Aid Committee, <i>ex parte</i> R. A. Brand & Co. Ltd.	[1952] 2 Q.B. 413	807
R. v. Mandzuk	[1945] 3 W.W.R. 280	29
R. v. Meloche	[1970] 1 C.C.C. (2d) 187	165
R. v. Millin	(1973), 13 C.C.C. (2d) 395	650
R. v. Morgentaler (No. 4)	(1973), 14 C.C.C. (2d) 455; (1973), 14 C.C.C. (2d) 459	500, 509
R. v. National Trust Co.	[1933] S.C.R. 670	647
R. v. Newton and Stungo	[1958] Cr. L.R. 469	

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Pelletier	[1970] 3 C.C.C. 387	31
R. v. Poulin	(1974), 16 C.C.C. (2d) 39	165
R. v. Robertson	(1882), 6 S.C.R. 52	492, 519
R. v. Schemenaur	(1968), 65 W.W.R. 425	31
R. v. Scott	[1970] 3 C.C.C. 109	28
R. v. Seiga	[1961] Crim. L.R. 541	774
R. v. Shaw	(1964), 48 W.W.R. 190	771
R. v. Sheppard	(1949), 95 C.C.C. 298	30
R. v. Smythe	[1971] S.C.R. 680	193
R. v. Tokarek	(1967), 58 W.W.R. 691	807
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272	809
Rae, Ex Parte	(1973), 14 C.C.C. (2d) 5	115
Rainville v. Plouffe <i>et al.</i>	[1968] Que. Q.B. 756	440
Ratcliffe v. Evans	[1892] 2 Q.B. 524	409
Reading v. The King	[1948] 2 K.B. 268	408
Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver <i>et al.</i>	[1942] 1 All E.R. 378, [1967] 2 A.C. 134	407, 418
Reuter Coy Ltd. v. Mulhens	(1953), 70 R.P.C. 235	535
Richmond Pulp v. Bromptonville	[1970] S.C.R. 453	119
Ridge v. Baldwin	[1963] 2 All E.R. 66	460
Rochin v. California	(1952), 342 U.S. 165	771
Roe v. Wade	(1973), 410 U.S. 113	626
Ross v. Registrar of Motor Vehicles	[1975] 1 S.C.R. 5	515
Rountree v. The Sydney Land & Loan Company	(1907), 30 S.C.R. 614	419
Royal Bank of Canada v. The King	[1913] A.C. 283	491, 502, 524

S

Sandoz Patents Ltd. v. Gilcross Ltd.	(1973), 8 C.P.R. (2d) 210	565
Savard and Lizotte v. The King	[1946] S.C.R. 20	642, 670
Schmerber v. California	(1966), 384 U.S. 757	770
School Division of Assiniboine South No. 3 v. Hoffer	[1971] 4 W.W.R. 746, [1973] S.C.R. vi	604
Seager v. Copydex Ltd.	[1967] 2 All E.R. 415	262
Simson (deceased), Simson v. National Provincial Bank Ltd. and Others, Re	[1950] 1 Ch. 38	361
Smith v. London Midland & Scottish R. Co.	1948 S.C. 125	703
Smith v. Stubbart	[1942] 1 W.W.R. 601	304
Smythe v. The Queen	[1971] S.C.R. 680	637
Société des usines chimiques Rhône-Poulenc v. Jules R. Gilbert Ltd.	[1968] S.C.R. 950	563
South Eastern Railway Co. v. Associated Portland Cement Manu- facturers (1900) Ltd	[1910] 1 Ch. 12	373
South Staffordshire Water Company v. Sharman	[1896] 2 Q.B. 44	798
Southwark London Borough Council v. Williams	[1971] 1 Ch. 734	677
Steel Company of Canada Limited v. Willand Management Limi- ted	[1966] S.C.R. 746	51

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Steinberg v. The King	[1931] S.C.R. 421	806
St. John v. Fraser	[1935] S.C.R. 441	459
Svenssons Travaruaktiebolag v. Cliffe Steamship Company	41 L1.L. Rep. 262, [1932] 1 K.B. 490	290
Swain v. Dennison	[1967] S.C.R. 7	361
Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée	[1959] S.C.R. 206	725, 732

T

Tennessee Eastman v. Commissioner of Patents	[1974] S.C.R. 111	570
Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. <i>et al.</i>	[1960] R.P.C. 128	262
Tesco Supermarkets v. Natrass	[1972] A.C. 153	313
The People v. Barksdale	(1972), 503 P. 2d 257	632
Thompson v. The King	[1918] A.C. 221	808
Toronto v. Bowes	(1854), 4 Gr. 489, aff'd. 6 Gr. 1, aff'd. 11 Moo. P.C. 463, 14 E.R. 770....392, 406, 412, 422	
Traders Finance Corporation Ltd. v. Lévesque	[1961] S.C.R. 83	429, 441
Trainer v. The King	(1906), 4 C.L.R. 126	25

U

Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sydenham Gas & Petroleum Co. Ltd.	[1957] S.C.R. 185	760
Union Marine & General Insurance Company Limited v. Alex Bodnorchuk and Steve Nawakowsky	[1958] S.C.R. 399	607
United States v. Wade	(1967), 388 U.S. 218	770
University Hospital Board v. Gérald Lépine	[1966] S.C.R. 561	604, 611, 613
U.S. v. Holmes	(1842), 26 Fed. Cas. 360	677

V

Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, Re	[1949] S.C.R. 1, aff'd. [1951] A.C. 179, 625, 627	
Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act 1957 (Sask.), Re	[1958] S.C.R. 608	769
Valin v. Langlois	(1879), 3 S.C.R. 1, aff'd. 5 App. Cas. 115 ..	513
Vermont Mutual Insurance v. Dalzell	(1974), 218 N.W. 2d 52 (Mich.)	741
Village de la Malbaie v. Boulianne	[1932] S.C.R. 374	437

W

Walker v. Coates <i>et al.</i>	[1968] S.C.R. 599	232
Walpole v. Canadian Northern Railway Co.	[1923] A.C. 113	522
Weiss v. Larson <i>et al.</i>	(1965), 55 D.L.R. (2d) 330	698
Wild v. The Queen	[1971] S.C.R. 101	668

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Wilkinson v. Downton	[1897] 2 Q.B. 57	738
Wilkinson Sword (Canada) Ltd. v. Juda	[1968] 2 Ex. C.R. 137	535
Winnipeg Electric Ry. Co. v. Canadian Northern Ry. Co.	(1919), 59 S.C.R. 352	613
Wirth and Hamid Booking Inc. v. Wirth	(1934), 192 N.E. 297	335
Wood v. Grand Valley Railway Company	(1913), 30 O.L.R. 44	279

Z

Zwicker v. Stanbury	[1953] 2 S.C.R. 438	392
---------------------------	---------------------------	-----

**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour Suprême
du Canada**

Volume 1, 1976

1^{er} volume, 1976

Air-Care Ltd. *Appellant;*

and

United Steel Workers of America *et al.*
Respondents.

1974: March 21, 22; 1974: October 1.

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

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

Labour relations—Collective agreement—Temporary shortage of work—Company's right to reduce the number of working hours rather than the number of employees—Definition of "lay-off".

The appellant Air-Care Ltd. reduced the regular work week of its employees because of a temporary lack of work. The respondent union filed a grievance, claiming that the company had violated the collective agreement. The union contended that employees were entitled to a forty-hour work week and that the company should lay off employees instead of reducing the work week of all employees. A majority of the Arbitration Board set up to consider the grievance found for the union. This award was set aside by the Superior Court. The Quebec Court of Appeal (Casey J.A. dissenting) allowed the union's appeal and restored the Arbitration Board award.

Held: The appeal should be allowed.

Article 10.01 of the collective agreement, dealing with lay-offs due to a shortage of work, has no application because none of Air-Care Ltd.'s employees were "laid off". There was no reduction in the working force and the status of the employees as employees was unaffected. Article 10.01 provides a procedure to follow when lay-offs due to a shortage of work occur, but it does not impose a duty to lay off in the event of a shortage of work.

Under the Management Rights clause (Art. 4.01), the company retains the right to schedule production as it determines in its best interest and the right to reduce the work week if operational needs require. The company has the right, under the terms of the agreement, to reduce the hours of work for a period rather than impose a lay-off.

By imposing a duty to lay off in the event of a shortage of work, the Arbitration Board acted in violation of Art. 7.03, which expressly limits the jurisdiction

Air-Care Ltd. *Appelante;*

et

United Steel Workers of America *et al.*
Intimés.

1974: les 21 et 22 mars; 1974: le 1^{er} octobre.

Présents: Les juges Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Relations de travail—Convention collective—Manque temporaire d'ouvrage—Droit de la compagnie de réduire les heures de travail plutôt que le nombre des employés—Définition de «mise-à-pied».

L'appelante, Air-Care Ltd., a réduit la semaine régulière de travail de ses employés à cause d'un manque temporaire d'ouvrage. Le syndicat a présenté un grief prétendant que la compagnie avait violé la convention collective, que les employés avaient droit à la semaine de travail de quarante heures et que la compagnie devait réduire le nombre d'employés plutôt que de réduire la semaine régulière de travail. La majorité du tribunal d'arbitrage a décidé en faveur du point de vue du syndicat mais cette sentence a été infirmée par la Cour supérieure. La Cour d'appel (avec dissidence de M. le juge Casey) a accueilli l'appel du syndicat et restoré la décision du tribunal d'arbitrage. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

L'article 10.01 de la convention collective, qui a trait aux cas de mise-à-pied pour manque d'ouvrage, ne peut avoir d'application parce qu'aucun des employés de Air-Care Ltd. n'a été mis à pied. Il n'y a pas eu de réduction des effectifs et le statut des employés n'a pas été modifié. L'article 10.01 décrit la procédure à suivre lorsque des mises-à-pied se produisent pour manque d'ouvrage, mais il ne comporte pas l'obligation de mettre à pied des employés chaque fois qu'il y a un manque d'ouvrage.

En vertu de la clause de l'art. 4.01, la compagnie a conservé le droit de planifier la production selon ce qu'elle juge être au mieux de ses intérêts, ainsi que le droit de réduire la semaine de travail si les besoins de l'exploitation l'exigent. La compagnie a le droit, en vertu des dispositions de la convention, de réduire les heures de travail pour une période donnée plutôt que de procéder à des mises-à-pied.

En imposant une obligation de mise-à-pied dans le cas de manque d'ouvrage le tribunal d'arbitrage est allé à l'encontre de l'art. 7.03 qui limite expressément la juri-

of the Board to deciding the matter within the existing provisions of the agreement without altering or amending the agreement.

The Board did not lose jurisdiction by failing to give its decision within the mandatory thirty days from the end of the hearing (Art. 7.02). The right of a party should not be lost or in any way prejudiced as the result of dilatory conduct on the part of a Board over which it has little or no control.

Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union Local 131, [1974] S.C.R. 335, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Province of Québec, Appeal Side, setting aside a judgment of the Superior Court on an award from the Arbitration Board. Appeal allowed.

K. J. MacDougall and *P. J. Perrault*, for the appellants.

P. Lesage, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The issue in this appeal is whether Air-Care Ltd. under the terms of its collective agreement with Local 7010 of the United Steel Workers of America was obliged, during a temporary shortage of work, to lay off employees, as the Union contends, or whether it was entitled to place all employees on a short work week, as the Company maintains. None of the facts are in dispute.

On September 30, 1970, Mr. G. O. Burton, Manager of the Air Distribution Division of the Company caused to be posted in the Air Distribution Division Plant, a notice advising all employees that due to a temporary lack of work the plant would operate on a short work week for the following periods:

Closing Friday, October 9, 1970, at 0:30 a.m., and

reopening, Tuesday, October 13, at 7:30 a.m., also

Closing Friday, October 23, 1970, at 0:30 a.m., and

diction du tribunal au pouvoir de décider la question selon les clauses de la convention sans le pouvoir de changer ou d'amender la convention.

Le tribunal d'arbitrage n'a pas perdu sa juridiction par suite de son défaut de rendre sa décision dans les trente jours de la fin de l'audition, tel qu'exigé par l'art. 7.02. Le droit d'une partie ne doit pas se perdre ni subir de préjudice quelconque parce qu'un tribunal sur lequel elle a peu ou pas de contrôle tarde à agir.

Arrêt mentionné: *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union Local 131*, [1974] R.C.S. 335.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, infirmant un jugement de la Cour supérieure sur une sentence du tribunal d'arbitrage. Appel accueilli.

K. J. MacDougall et *P. J. Perrault*, pour l'appelante.

P. Lesage, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—La question en litige en ce pourvoi est de savoir si Air-Care Ltd. devait, selon les dispositions de sa convention collective avec le local 7010 des Métallurgistes unis d'Amérique, et durant un manque temporaire d'ouvrage, mettre à pied des employés, comme le syndicat le prétend, ou si la compagnie avait droit, comme elle le soutient, de réduire la semaine régulière de travail de tous les employés. Il n'y a aucune contestation sur les faits.

Le 30 septembre 1970, Monsieur G. O. Burton, directeur de la division «Air Distribution» de la compagnie, a fait afficher à l'usine de la division «Air Distribution», un avis informant tous les employés qu'à cause d'un manque temporaire d'ouvrage la semaine de travail serait de quatre jours pour les périodes suivantes:

Fermeture le vendredi, 9 octobre 1970, à minuit trente, et

réouverture le mardi, 13 octobre 1970, à 7h30 de l'avant-midi, et,

Fermeture le vendredi, 23 octobre 1970, à minuit trente, et

reopening, Monday, October 26, 1970, at 7:30 a.m.

On October 14, 1970, Mr. J. A. Baillies, Manager of the Air Handling Division of the Company caused to be posted in the Air Handling Division Plant a notice that due to temporary lack of work the plant would operate on a short work week for the following periods:

Closing Friday, October 23, 1970, at 0:30 a.m., and

reopening Monday, October 26, 1970, at 7:30 a.m., also

Closing Friday, October 30, 1970, at 0:30 a.m., and

reopening Monday, November 2, 1970, at 7:30 a.m.

The Union filed a grievance in which it claimed the Company did not have the right to reduce the work week; that all employees must be paid on the basis of a forty-hour week, and in the event of shortage of work the work force must be reduced. A majority of the Arbitration Board set up to consider the grievance found for the Union, while commending the Company for wishing to retain all employees at work at reduced salary rather than favouring some to the detriment of others. Mr. Justice Nichols of the Superior Court, District of Montreal set aside the arbitration award. The Court of Appeal (Tremblay C.J.Q. and Deschenes J.A. with Casey J.A. dissenting) allowed the appeal and dismissed the petition of the Company.

The articles of the Collective Agreement which are of particular concern are these:

ARTICLE 2. PURPOSE OF AGREEMENT

2.01 It is the intent and purpose of this Agreement to maintain cordial relations in the Plant, to clearly define hours of work and other working conditions, to provide a method for the orderly adjustment of differences and grievances, and to protect the safety and health of employees.

réouverture le lundi, 26 octobre 1970, à 7h30 de l'avant-midi.

Le 14 octobre 1970, Monsieur J. A. Baillies, directeur de la division «Air Handling», a fait afficher à l'usine de la division «Air Handling» un avis selon lequel à cause d'un manque temporaire d'ouvrage la semaine de travail serait de quatre jours de travail pour les périodes suivantes:

Fermeture le vendredi, 23 octobre 1970, à minuit trente, et

réouverture le lundi, 26 octobre 1970, à 7h30 de l'avant-midi, et,

Fermeture le vendredi, 30 octobre 1970, à minuit trente, et

réouverture le lundi, 2 novembre 1970, à 7h30 de l'avant midi.

Le syndicat a présenté un grief dans lequel il prétend que la compagnie n'avait pas le droit de réduire la semaine de travail; que tous les employés doivent être payés sur la base d'une semaine de quarante heures, et qu'en cas de manque d'ouvrage, on doit réduire le nombre d'employés. La majorité du tribunal d'arbitrage désigné pour étudier le grief a décidé en faveur du point de vue du syndicat, tout en trouvant louable le désir de la compagnie de vouloir garder tous ses employés au travail avec un salaire réduit plutôt que d'en favoriser un certain nombre au détriment des autres. M. le juge Nichols, de la Cour supérieure du district de Montréal, a infirmé la sentence d'arbitrage. La Cour d'appel (M. le Juge en chef et M. le juge Deschenes, avec dissidence de M. le juge Casey) a accueilli l'appel et rejeté la requête de la compagnie.

Les articles de la convention collective particulièrement pertinents sont ceux-ci:

ARTICLE 2. L'OBJET DE CETTE CONVENTION

2.01 Il est dans l'intention et l'objet de cette Convention de maintenir des relations cordiales dans l'usine, définir clairement les heures de travail et autres conditions de travail, à prévoir une méthode de règlement ordonné des griefs, et promouvoir la sécurité et la santé des employés.

ARTICLE 4. MANAGEMENT RIGHTS

4.01 The Union recognizes the inherent right of the Company to manage the business and agrees that this right shall remain unimpaired except insofar as the express provisions of this Agreement stipulate otherwise. Always provided that any dispute as to whether any Rules and Regulations are reasonable, or any dispute involving claims of discrimination against any employee in the application of such Rules and Regulations, shall be subject to the grievance procedure of this Agreement.

ARTICLE 7. ARBITRATION

7.03 The decision of the majority shall be the decision of the Arbitration Board, and if there is no majority, the decision of the Chairman shall be the decision of the Board, but the jurisdiction of the Arbitration Board shall be limited to deciding the matter at issue within the existing provisions of the Agreement and in no event shall the Arbitration Board have the power to add to, subtract from, alter or amend this Agreement in any respect.

ARTICLE 10. SHORTAGE OF WORK

10.01 In all cases of lay-offs, because of shortage of work, employees shall be listed by occupation in order or length of service, the last hired at the bottom of the list. Proceeding upwards from the bottom of the list, the following factors will be considered:

- (a) Service.
- (b) Knowledge, efficiency and ability to perform the work.
- (c) Physical fitness.

Where factors (b) and (c) are relatively equal, factor (a) shall govern.

ARTICLE 23. HOURS OF WORK

23.01 A day is a twenty-four (24) hour period beginning with the start of the employee's shift.

23.02 (a) The work week will be forty (40) hours consisting of eight (8) hours per day, Monday to Friday inclusively.

23.09 Nothing in this Agreement shall be read or construed as a guarantee of hours of work per day or week or a guarantee of days of work per week.

In short compass the case for the Union is that according to the agreement the work week is to be

ARTICLE 4. LES DROITS DE LA DIRECTION

4.01 Le Syndicat reconnaît les droits inaliénables de la Compagnie à diriger son entreprise et convient que ce droit doit rester inaltéré, sauf en autant que les dispositions expresses de la présente Convention en stipulent autrement, toujours pourvu que toute dispute pour déterminer si les Règles et Règlements sont raisonnables, ou toute dispute concernant l'allégation de discrimination contre un employé dans l'application de ces Règles et Règlements soit sujette aux procédures de règlement de griefs de cette Convention.

ARTICLE 7. ARBITRAGE

7.03 La décision de la majorité sera la décision du tribunal d'arbitrage, et s'il n'y a pas de majorité, la décision sera la décision du Président, mais la juridiction du tribunal ne pourra décider de la question en litige que selon les clauses de cette Convention et en aucun cas le tribunal d'arbitrage n'aura le pouvoir de changer ou d'amender les présentes ni d'y ajouter ou retrancher quoi que ce soit.

ARTICLE 10. MANQUE D'OUVRAGE

10.01 Dans tous les cas de mise-à-pied pour manque d'ouvrage, une liste des employés doit être faite par occupation et dans l'ordre de leur service continu, le dernier engagé au bas de la liste. Procédant en montant du bas de la liste les facteurs suivants seront considérés:

- a) Service.
- b) Connaissances, efficacité et habileté à exécuter le travail.
- c) Aptitude physique.

Quand les facteurs b) et c) sont relativement égaux, le facteur a) prédominera.

ARTICLE 23. HEURES DE TRAVAIL

23.01 Une journée comprend une période de vingt-quatre (24) heures partant de l'heure du commencement du quart de l'employé.

23.02 a) La semaine de travail sera de quarante (40) heures comprenant huit (8) heures par jour du lundi au vendredi inclusivement.

23.09 Rien dans cette Convention ne sera lu et compris comme étant une garantie des heures de travail journalier ou par semaine, ni une garantie du nombre de journées de travail de la semaine.

En résumé, la prétention du syndicat est qu'en vertu de la convention collective la semaine de

forty hours and in the event of a shortage of work Art. 10.01 applies and obliges the Company to lay off employees with due regard for seniority and the other factors mentioned. The Company, on the other hand, says no employee is assured forty hours per week, that Art. 23.09 makes this clear, and if there is a shortage of work the inherent right of the Company to manage the business, preserved by Art. 4.01, leaves the Company with three options: (i) to retain all employees at full pay though working part time, (ii) to place all employees on a short work week or (iii) to lay off employees in the manner prescribed by Art. 10.01.

The Union's case rests in large measure on the submission that there is no difference between a reduction in the hours of work and a lay-off and the moment one reduces the hours of work of an individual that individual is laid off (*mise à pied*). "Lay-Off" is not defined in the Quebec *Labour Code*, R.S.Q. 1964, c. 141. However, the *Shorter Oxford English Dictionary* defines "lay-off" as follows: "Lay-off, a period during which a workman is temporarily discharged." and *Nouveau Larousse Universel*, Tome 2 "Mise à pied": "retrait temporaire d'emploi". In my opinion none of the employees of Air-Care Ltd. was laid off on the occasions in respect of which the grievance was raised. There was no reduction in the working force and the status of the employees as employees was unaffected by the notices posted by Mr. Burton and by Mr. Baillies. The action taken did not undermine the seniority protection assured by the agreement. I do not think Art. 10.01 has any application whatever, for the reason there were simply no "cases of lay-offs". Article 10.01 describes in detail the procedure to be followed when lay-offs occur due to a shortage of work but it is impossible to read into the language of the article the duty to lay off employees in every event of shortage of work. Under the Management Rights clause Art. 4.01 the Company retained the right to schedule production as it determined in its best interest and the right to reduce the work week if operational needs required; no clause in the

travail doit être de quarante heures et que dans les cas de manque d'ouvrage l'art. 10.01 s'applique et oblige la compagnie à mettre à pied des employés en tenant dûment compte de l'ancienneté et des autres facteurs mentionnés. La compagnie, par contre, dit qu'aucun employé n'est assuré de quarante heures de travail par semaine, que l'art. 23.09 est sans équivoque à ce sujet et que s'il y a un manque d'ouvrage, les droits de direction inaliénables qui appartiennent à la compagnie, et qui sont préservés par l'art. 4.01, laissent à cette dernière trois options: (i) garder à son service tous les employés et leur payer un plein salaire quoique travaillant à temps partiel, (ii) instituer une semaine de travail réduite pour tous les employés ou (iii) procéder à la mise à pied d'employés de la façon décrite à l'art. 10.01.

La prétention du syndicat se fonde en grande partie sur l'argument qu'il n'existe pas de différence entre une réduction des heures de travail et une mise à pied et qu'ainsi, dès qu'un individu voit ses heures de travail réduites, celui-ci est mis à pied (*laid off*). «Mise à pied» n'est pas défini au *Code du travail* du Québec, S.R.Q. 1964, c. 141. Cependant le *Nouveau Larousse Universel*, tome 2, définit «mise à pied» comme étant un «retrait temporaire d'emploi», et le *Shorter Oxford English Dictionary* définit «lay-off» comme étant [TRADUCTION] «une période durant laquelle un salarié est temporairement licencié.» A mon avis aucun des employés de Air-Care Ltd. n'a été mis à pied dans les cas qui ont donné ouverture au grief. Il n'y a pas eu de réduction des effectifs et le statut des employés en tant qu'employés n'a pas été modifié par les avis affichés par M. Burton et M. Baillies. La protection de l'ancienneté, garantie par la convention, n'a subi aucun préjudice par le geste posé. Je ne crois pas que l'art. 10.01 puisse avoir quelque application, pour le motif qu'il n'y a tout simplement pas eu de «cas de mise-à-pied». L'article 10.01 décrit en détail la procédure à suivre lorsque des mises à pied se produisent pour manque d'ouvrage mais il est impossible d'interpréter les termes de l'article comme comportant l'obligation de mettre à pied des employés chaque fois qu'il y a un manque d'ouvrage. En vertu de la clause des droits de la direction, qui se trouve à l'art. 4.01, la compagnie a conservé le droit de

agreement serves to impair or limit either of these rights. The agreement might have required the Company to institute a lay-off of personnel before reducing the work week; it might have placed a limit on the extent of the reduction of the work week or the frequency of any such reduction which would be permissible before applying lay-off machinery; but the agreement is silent on both of these points.

If a shortage of components or a breakdown of machinery or fire or flood had caused the Company to close the plants for a few hours or a day no one could have seriously contended that this amounted to a lay-off and that unless seniority was in some way recognized the employees would be entitled to be paid for hours not worked.

The Company had the right, in my view, under the terms of the agreement, to reduce the hours of work for a period, rather than impose a lay-off. When the Arbitration Board held otherwise it added to the agreement by imposing upon the Company a duty, not assumed through collective bargaining, to lay off employees whenever there was a shortage of work, and in doing so the Board acted in violation of Art. 7.03 which expressly limited the jurisdiction of the Board to deciding the matter within the existing provisions of the agreement and explicitly denied it the power to add to, subtract from, alter or amend the agreement in any respect. *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union Local 131*¹.

The Company took the further point that the Board had lost jurisdiction and its award was null for failure to give its decision for almost a year (January 20, 1972) from the end of the hearing (February 11, 1971) and almost six months from

planifier la production selon ce qu'elle juge être au mieux de ses intérêts, ainsi que le droit de réduire la semaine de travail si les besoins de l'exploitation l'exigent; il n'y a dans la convention aucune clause qui porte atteinte à l'un de ces droits ou les limite. La convention aurait pu exiger que la compagnie procède à la mise à pied d'employés avant de réduire la semaine de travail; elle aurait pu imposer une limite à l'étendue de la réduction de la semaine de travail, ou à la fréquence de la réduction permise avant l'application d'une procédure de mise à pied; mais la convention demeure silencieuse sur ces deux points.

Si une pénurie de matières premières, un bris de la machinerie, un incendie, ou une inondation avait forcé la compagnie à fermer les usines pour quelques heures ou une journée, personne n'aurait pu sérieusement prétendre que cela équivaut à une mise à pied et qu'à moins d'une certaine reconnaissance de l'ancienneté les employés ont le droit d'être payés pour les heures durant lesquelles ils n'ont pas travaillé.

La compagnie a le droit, à mon avis, en vertu des dispositions de la convention, de réduire les heures de travail pour une période donnée plutôt que de procéder à des mises à pied. En statuant dans un autre sens, le tribunal d'arbitrage s'est trouvé à ajouter à la convention collective en imposant à la compagnie une obligation, qu'elle n'a pas assumée à la suite d'une négociation collective, de mettre à pied des employés chaque fois qu'il se produit un manque d'ouvrage, et en agissant ainsi il est allé à l'encontre de l'art. 7.03 qui limite expressément la juridiction du tribunal au pouvoir de décider la question selon les clauses de la convention et qui lui dénie expressément tout pouvoir de changer ou d'amender la convention ou d'y ajouter ou retrancher quoi que ce soit. *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union Local 131*¹.

La compagnie a avancé un argument additionnel selon lequel le tribunal d'arbitrage avait perdu sa juridiction et rendu une sentence qui était nulle, vu qu'il avait attendu presque un an (20 janvier 1972) avant de rendre sa décision après la fin de

¹ [1974] S.C.R. 335.

¹ [1974] R.C.S. 335.

the date of the last written submission (July 13, 1971), contrary to Art. 7.02 of the collective agreement, which called for the Board to render a decision within thirty calendar days from the end of the hearings. During argument on this appeal the Court made clear its view that the point was without merit. The right of a party should not be lost or in any way prejudiced as the result of dilatory conduct on the part of a Board over which it has little or no control.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of Nichols J. with costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Duquet, MacKay, Weldon, Bronstetter & Johnston, Montreal.

Solicitors for the respondents: Trudel, Nadeau, & Associates, Montreal.

l'audition (11 février 1971) et laissé écouler presque six mois après que les dernières notes écrites lui eurent été soumises (13 juillet 1971), alors que l'art. 7.02 de la convention collective exige que le tribunal d'arbitrage rende sa décision dans les trente jours civils de la fin de l'audition. Lorsqu'elle a entendu les plaidoiries en ce pourvoi la Cour a clairement laissé entendre que l'argument est sans fondement. Le droit d'une partie ne doit pas se perdre ni subir de préjudice quelconque parce qu'un tribunal sur lequel elle a peu ou pas de contrôle tarde à agir.

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

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Duquet, MacKay, Weldon, Bronstetter & Johnston, Montréal.

Procureurs des intimés: Trudel, Nadeau & Associés, Montréal.

Bruell Float Service Limited *Appellant*;

and

Ontario Hydro (formerly the Hydro-electric Power Commission of Ontario) *Respondent*.

1974: November 22; 1975: January 28.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Dickson and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Highway traffic—Limitations—Common carrier—Damage to cargo—Collision with low bridge—The Highway Traffic Act, 1970 R.S.O., c. 202, s. 146(1).

Bruell, a common carrier, entered into a contract with respondent to transport certain machinery. The carrier drove under a low bridge and damaged the machinery. When respondent sued for damages Bruell asserted that the claim was within the terms of s. 146(1) of *The Highway Traffic Act, 1970 R.S.O., c. 202*, and that a one-year limitation applied. The trial judge held that s. 146(1) did apply and dismissed the action. On appeal the judgment at trial was set aside and judgment given for the plaintiff with reference to the Master for assessment of damages.

Held: The appeal should be dismissed.

It would have taken the clearest possible language on the part of the Legislature to impose a limitation provision affecting actions in contract by reason only of the fact that a vehicle might be involved in the performance of the contract.

Dufferin Paving and Crushed Stone, Ltd. v. Anger, [1940] S.C.R. 174; *Heppel v. Stewart*, [1968] S.C.R. 707; *F. W. Argue, Ltd. v. Howe*, [1969] S.C.R. 354; *Northern Alberta Dairy Pool Ltd. v. Strong & Sons Ltd.* (1960), 27 D.L.R. (2d) 174, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal from judgment at trial, with reference to the Master for assessment of damages. Appeal dismissed.

¹ [1974] 3 O.R. (2d) 108.

Bruell Float Service Limited *Appelante*;

et

Ontario Hydro (ci-devant The Hydro-Electric Power Commission of Ontario) *Intimée*.

1974: le 22 novembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Dickson et Beetz.

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

Circulation routière—Prescription—Transporteur public—Dommages à la cargaison—Collision avec un pont peu élevé—The Highway Traffic Act, 1970 R.S.O., c. 202, art. 146(1).

Bruell, un transporteur public a passé un contrat avec l'intimée en vue de transporter certaines machines. En passant sous un pont peu élevé, le transporteur a endommagé les machines. Lorsque l'intimée a intenté une action en dommages-intérêts, Bruell a allégué que la réclamation était visée par les termes du par. (1) de l'art. 146 du *Highway Traffic Act, R.S.O. c. 202* et qu'une prescription d'un an s'appliquait. Le juge de première instance a décidé que le par. (1) de l'art. 146 s'appliquait et il a rejeté l'action. En appel, le jugement de première instance a été infirmé en faveur de la demanderesse avec renvoi au *Master* pour l'évaluation des dommages.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Seule une disposition de la Législature formulée en des termes très clairs aurait pu assujettir les actions basées sur un lien contractuel à une prescription en raison du seul fait qu'un véhicule pourrait être impliqué dans l'exécution du contrat.

Arrêts mentionnés: *Dufferin Paving and Crushed Stone, Ltd. c. Anger*, [1940] R.C.S. 174; *Heppel c. Stewart*, [1968] R.C.S. 707; *F. W. Argue, Ltd. c. Howe*, [1969] R.C.S. 354; *Northern Alberta Dairy Pool Ltd. v. Strong & Sons Ltd.* (1960), 27 D.L.R. (2d) 174.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli un appel d'un jugement de première instance, avec renvoi au *Master* pour l'évaluation des dommages. Pourvoi rejeté.

¹ [1974] 3 O.R. (2d) 108.

D. J. MacLennan, Q.C. and *B. Lamb, Q.C.*, for the appellant.

R. F. Wilson, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—The appellant, Bruell Float Service Limited, is a common carrier. It entered into a contract with the Hydro-Electric Power Commission of Ontario to transport certain machinery. The carrier drove under a low bridge and damaged the machinery. The Commission sued for this damage. One of the defences was that the claim was for damages occasioned by a motor vehicle within s. 146(1) of *The Highway Traffic Act*, 1970 R.S.O., c. 202, and that a one-year limitation applied.

The Commission asserted that the claim was not within s. 146(1) of *The Highway Traffic Act* but was for damages for breach of contract by a common carrier to deliver the equipment at the specified destination.

The parties set down before the trial this point of law for hearing under rule 124 of the Consolidated Rules. The judge of first instance found in favour of the defendant Bruell, and held that s. 146(1) did apply, and he consequently dismissed the action. On appeal, this judgment was set aside and judgment given in favour of the plaintiff, with reference to the Master for the assessment of damages.

In my opinion, the judgment of the Court of Appeal was correct and I would dismiss this appeal.

One has to begin a study of this problem with the case of *Dufferin Paving and Crushed Stone, Ltd. v. Anger*², where it was held that the statutory limitation of one year, which is now to be found in s. 146(1) of *The Highway Traffic Act*, applied to a claim for damage to a building caused through vibration resulting from the operation of cement-

² [1940] S.C.R. 174.

D. J. MacLennan, c.r., et *B. Lamb, c.r.*, pour l'appelante.

R. F. Wilson, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—L'appelante, Bruell Float Service Limited, est un transporteur public. Elle a passé un contrat avec la Commission hydro-électrique de l'Ontario en vue de transporter certaines machines. En passant sous un pont peu élevé, le transporteur a endommagé les machines. La Commission a alors intenté une action en dommages-intérêts. En défense, on alléguait entre autres que la réclamation visait des dommages causés par un véhicule à moteur aux termes du par. (1) de l'art. 146 du *Highway Traffic Act*, 1970 R.S.O., c. 202, et qu'une prescription d'un an s'appliquait.

La Commission a allégué que la réclamation n'était pas basée sur le par. (1) de l'art. 146 du *Highway Traffic Act* mais qu'elle visait plutôt l'obtention de dommages-intérêts fondés sur l'inexécution par un transporteur public d'un contrat de livraison de matériel à une destination déterminée.

En vertu de la règle 124 des Règles de pratique codifiées, les parties ont demandé au tribunal de trancher cette question de droit. Le juge de première instance a donné gain de cause à la défenderesse Bruell en décidant que le par. (1) de l'art. 146 s'appliquait en l'espèce et il a donc rejeté l'action. En appel, ce jugement a été infirmé en faveur de la demanderesse et les dommages ont été évalués par le *Master*.

A mon avis, l'arrêt de la Cour d'appel est bien fondé et le présent pourvoi doit être rejeté.

L'examen de la situation présente doit débiter avec l'affaire *Dufferin Paving and Crushed Stone, Ltd. c. Anger*² où il a été décidé que la prescription légale d'un an, que l'on retrouve aujourd'hui au par. (1) de l'art. 146 du *Highway Traffic Act*, s'appliquait à une réclamation pour des dommages causés à un immeuble par des vibrations provenant

² [1940] R.C.S. 174.

mixing trucks driving on the street in front of the building.

The problem next came up in this Court in *Heppel v. Stewart*³. The defendant in this case ran into the back of the plaintiff's motor vehicle. He sought to add as a party defendant the garageman who had, immediately prior to the accident, repaired the braking system on his automobile. This application was made after the expiry of the time prescribed by what is now s. 146(1) of *The Highway Traffic Act*. The majority of the Court held that the limitation applied. The Court of Appeal had held that the section had no application where the accident was caused by the antecedent negligence of a repairer. The claim against the repairer was in contract, namely, that he had not fulfilled his contract of repair and that, consequently, *The Highway Traffic Act* had no application to this claim.

The next case in this Court is *F. W. Argue, Limited v. Howe*⁴. The action here was against the operator of an oil truck who had caused damage by fire to a building by pumping oil beyond the capacity of the building's tanks. The ratio of the judgment was that the damage was not caused by the use and operation of a motor vehicle but was caused by the use and operation of a pump mounted on the motor vehicle. There is undoubtedly an inconsistency between this judgment and the judgment in the *Heppel* case. The *Heppel* case had held that if a motor vehicle is the occasion for the damage, if it is the vehicle which brings it about, then the limitation period applies.

The Court of Appeal, in the present case, unanimously held that it would take the clearest possible language on the part of the Legislature to impose a limitation provision affecting actions in contract by reason only of the fact that a vehicle might be somehow involved in the performance of the contract. I agree with this conclusion. I note that it had been anticipated, in full, in *Northern Alberta*

du fonctionnement d'une bétonnière qui se trouvait dans la rue devant ledit immeuble.

La question a ensuite été soulevée devant cette Cour dans l'affaire *Heppel c. Stewart*³. Le défendeur en cause avait frappé l'arrière de l'automobile de la demanderesse. Il cherche à mettre en cause comme défendeur le garagiste qui, immédiatement avant l'accident, avait réparé le système de freinage de son automobile. Cette demande a été soumise après l'expiration du délai que prévoit aujourd'hui le par. (1) de l'art. 146 du *Highway Traffic Act*. La majorité de la Cour était d'avis que la prescription s'appliquait. La Cour d'appel avait décidé que l'article était inapplicable dans les cas où un accident était causé par la négligence antérieure d'un réparateur. La réclamation contre ce dernier se fondait sur un lien contractuel, plus précisément sur l'inexécution de son contrat de réparation, de sorte que le *Highway Traffic Act* était inapplicable à cette réclamation.

Une autre cause semblable, celle de *F. W. Argue, Limited c. Howe*⁴, a été débattue devant cette Cour. Il s'agissait d'une action intentée contre l'opérateur d'un camion-citerne qui avait endommagé un immeuble par le feu en faisant déborder l'huile des réservoirs. Le principe de cet arrêt était que le dommage n'avait pas été causé par l'usage et le fonctionnement d'un véhicule à moteur, mais plutôt par l'usage et le fonctionnement d'une pompe installée sur le véhicule à moteur. Il y a indubitablement contradiction entre cet arrêt et l'arrêt *Heppel*. Il avait été décidé dans l'affaire *Heppel* que si un véhicule à moteur est la cause du dommage, c'est-à-dire si c'est le véhicule qui l'occasionne, alors le délai de prescription s'applique.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a unanimement décidé que seule une disposition de la Législature formulée en termes très clairs pourrait assujettir les actions basées sur un lien contractuel à une prescription en raison du seul fait qu'un véhicule pourrait, de quelque façon, être impliqué dans l'exécution du contrat. Je suis d'accord avec cette conclusion. Je remarque d'ailleurs

³ [1968] S.C.R. 707.

⁴ [1969] S.C.R. 354.

³ [1968] R.C.S. 707.

⁴ [1969] R.C.S. 354.

*Dairy Pool Ltd. v. Strong & Sons Ltd.*⁵, also a common carrier case.

I also agree with their conclusion that it is unnecessary in the determination of this appeal to reconcile the *Heppel v. Stewart* and the *F. W. Argue, Ltd. v. Howe* pronouncements because the facts before us do not involve a situation where the damage was occasioned by a vehicle not being used as a vehicle (as in the *Argue* case) nor a related negligence claim in circumstances arising out of a collision between motor vehicles (as in *Heppel v. Stewart*).

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Smith, Torrance, Lyons, Stevenson & Mayer, Toronto.

Solicitors for the respondent: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

qu'elle avait été pleinement envisagée dans la cause *Northern Alberta Dairy Pool Ltd. v. Strong & Sons Ltd.*⁵ où il était également question d'un transporteur public.

Je suis d'accord également avec la conclusion qu'il n'est pas nécessaire, pour décider du présent pourvoi, de concilier les décisions des affaires *Heppel c. Stewart* et *F. W. Argue, Ltd. c. Howe* à cause des faits en l'espèce qui ne concernent aucunement une situation où le dommage a été causé par un véhicule qui n'était pas utilisé comme véhicule (comme dans l'affaire *Argue*) ni une réclamation analogue pour négligence résultant d'une collision entre deux véhicules à moteur (comme dans l'affaire *Heppel c. Stewart*).

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

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Smith, Torrance, Lyons, Stevenson & Mayer, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

⁵ (1960), 27 D.L.R. (2d) 174.

⁵ (1960), 27 D.L.R. (2d) 174.

René Vaillancourt *Appellant*;

and

Her Majesty the Queen *Respondent*.

1975: January 29, 30; 1975: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law—Evidence—Expert evidence—Psychiatric opinion—Admissibility—Examination of accused at instance of Crown without notice or court order—Criminal Code, ss. 465(c), 543, 608.2.

Appellant was arrested on February 1, 1973, and held in custody. At the request of the Crown a number of psychiatrists examined the accused at various dates all a considerable time prior to the preliminary hearing. There was no judicial determination that such examination should be permitted and it appeared that on the dates in question appellant was not represented by counsel although he had been interviewed by duty counsel under the provisions of the Ontario Legal Aid Scheme. At trial the judge admitted the evidence of these psychiatrists when they were called to testify in reply as witnesses for the Crown. The Court of Appeal decided *inter alia* that the trial judge had not erred in admitting this evidence and dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

As was said in the Court of Appeal, while it would be preferable for the Crown to seek a Court order for psychiatric examination of an accused under arrest and to advise defence counsel, where applicable, of their intention to have such examination, the Crown's failure so to do is not by itself a basis for the exclusion of the psychiatric evidence. As there does not appear to be a provision in the *Criminal Code* or elsewhere which would authorize a court to give an order for examination of an accused in the circumstances of his confinement in the Toronto Jail all a court can do is to express regret that no such provision exists and that therefore no Court order had been obtained.

R. v. Lafrance (1972), 8 C.C.C. (2d) 22, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal¹ for Ontario dismissing an appeal from a

¹ (1974), 16 C.C.C. (2d) 137.

René Vaillancourt *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1975: les 29 et 30 janvier; 1975: le 13 février.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Droit criminel—Preuve—Témoins experts—Opinion des psychiatres—Recevabilité—Examen de l'accusé à la demande de la Couronne sans avis ni ordonnance de la Cour—Code criminel, art. 465 c), 543, 608.2.

L'appellant a été arrêté le 1^{er} février 1973 et emprisonné. A la demande de la Couronne plusieurs psychiatres ont examiné l'accusé à différentes dates, toutes bien avant l'enquête préliminaire. Ces examens ont été faits sans aucune autorisation judiciaire et il appert qu'à chaque occasion l'appellant n'était pas représenté par un avocat bien qu'il ait eu l'occasion de consulter l'avocat de service désigné en vertu du programme d'aide juridique de l'Ontario. Au procès, le juge a accepté la preuve apportée par les psychiatres qui ont témoigné en réplique pour la Couronne. La Cour d'appel a décidé, entre autres, que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en acceptant ces témoignages et elle a rejeté l'appel.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Comme l'a déclaré la Cour d'appel, bien qu'il soit souhaitable que la Couronne obtienne du tribunal une ordonnance avant l'examen psychiatrique d'un accusé et qu'elle avise l'avocat de la défense, l'omission de la Couronne de ce faire ne constitue pas en soi un motif d'exclusion de la preuve psychiatrique. Comme il n'y a pas de disposition dans le *Code criminel* ou ailleurs qui autoriserait un tribunal à rendre une ordonnance en vue de l'examen d'un accusé dans les circonstances de sa détention à la prison de Toronto, un tribunal ne peut que déplorer le fait qu'aucune disposition semblable n'existe et qu'aucune ordonnance judiciaire n'a donc été obtenue.

Arrêt mentionné: *R. v. Lafrance* (1972), 8 C.C.C. (2d) 22.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté un appel d'une

¹ (1974), 16 C.C.C. (2d) 137.

conviction by Donnelly J., with a jury, of capital murder. Appeal dismissed.

Arthur Maloney, Q.C., and Clare E. Lewis, for the appellant.

David Watt, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on January 25, 1974, wherein that Court dismissed an appeal by the accused from his conviction on October 1, 1973, at a trial before Donnelly J. and a jury of the offence of capital murder. The judgment of the Court of Appeal has since been reported in (1974), 16 C.C.C. (2d) 137. That report contains a very detailed account of all the circumstances and I, therefore, do not intend to repeat them in these reasons.

After counsel for the accused had presented his argument before the Court of Appeal for Ontario, that Court called upon counsel for the Crown to argue only grounds of appeal which counsel for the accused had, in his notice of appeal, designated as grounds 1, 2 and 5.

In this Court, after counsel for the appellant (the accused) had presented his argument, the Court called upon counsel for the Crown to reply only on ground of appeal 1. This ground of appeal, as set out in the appellant's notice of appeal to this Court, was as follows:

THE COURT OF APPEAL FOR THE PROVINCE OF ONTARIO ERRED IN HOLDING THAT THE LEARNED TRIAL JUDGE WAS CORRECT IN ADMITTING THE EVIDENCE OF THE PSYCHIATRISTS CALLED TO TESTIFY IN REPLY AS WITNESSES FOR THE CROWN.

Ground of appeal No. 1 before the Court of Appeal for Ontario was cited in the reasons given by the Chief Justice of Ontario as follows:

THE LEARNED TRIAL JUDGE ERRED IN ADMITTING THE EVIDENCE OF THE PSYCHIATRISTS CALLED TO TESTIFY IN REPLY AS WITNESSES FOR THE CROWN.

déclaration de culpabilité pour meurtre qualifié prononcé par le juge Donnelly, siégeant avec un jury. Pourvoi rejeté.

Arthur Maloney, c.r., et Clare E. Lewis, pour l'appelant.

David Watt, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le présent pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 25 janvier 1974 qui rejetait l'appel d'une déclaration de culpabilité pour meurtre qualifié prononcée le 1^{er} octobre 1973 contre l'accusé lors de son procès devant l'honorable juge Donnelly et un jury. L'arrêt de la Cour d'appel a depuis été publié à (1974) 16 C.C.C. (2d) 137. Ce rapport judiciaire relate en détails toutes les circonstances de l'affaire, c'est pourquoi je n'ai aucune intention de les répéter ici.

Après que la Cour d'appel de l'Ontario eut entendu les arguments de l'avocat de l'accusé, elle a demandé au procureur de la Couronne de n'arguer que les moyens d'appel 1, 2 et 5 qui avaient été ainsi désignés par l'avocat de l'accusé dans son avis d'appel.

En cette Cour, après la plaidoirie de l'avocat de l'appelant (l'accusé), nous avons demandé au procureur de la Couronne de ne répliquer qu'au moyen d'appel N^o 1. Ce moyen d'appel, tel qu'il apparaît dans l'avis d'appel déposé par l'appelant en cette Cour, est formulé comme suit:

[TRADUCTION] LA COUR D'APPEL DE LA PROVINCE DE L'ONTARIO A ERRÉ EN CONCLUANT QUE LE SAVANT JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE AVAIT ACCEPTÉ À BON DROIT LA PREUVE APPORTÉE PAR LES PSYCHIATRES QUI ONT TÉMOIGNÉ EN RÉPLIQUE POUR LA COURONNE.

Le moyen d'appel N^o 1 allégué devant la Cour d'appel de l'Ontario et cité dans les motifs du juge en chef de l'Ontario, se lisait comme suit:

[TRADUCTION] LE SAVANT JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE A ERRÉ EN ACCEPTANT LA PREUVE APPORTÉE PAR LES PSYCHIATRES QUI ONT TÉMOIGNÉ EN RÉPLIQUE POUR LA COURONNE.

It will be seen that it is exactly the same ground of appeal.

I have carefully perused the reasons given by Gale C.J.O. for the dismissal of this ground of appeal. I am in complete agreement with them and have very little to add. There is one matter, however, upon which I feel it only proper to express concern.

The appellant, after his arrest on February 1, 1973, was, of course, held in custody. He appeared in police court in the City of Toronto on February 2, 1973, and on February 9, 1973, for remand. On each of those occasions, he was taken by detectives of the Toronto Police Department to be interviewed by a solicitor who was the designated duty counsel present under the provisions of the Ontario Legal Aid scheme. There is no other indication of any kind that until after the examinations by Crown psychiatrists, to which I shall refer, the appellant consulted or retained any other legal counsel. The duties of the duty counsel under the provisions of the Ontario Legal Aid scheme are set out in Reg. 557 (R.R.O. 1970) under *The Legal Aid Act*, R.S.O. 1970, c. 239, and I quote paras. 69 and 89 of such regulations:

69. Where a person has been taken into custody or summoned and charged with an offence, he may obtain before any appearance to the charge the assistance of duty counsel who shall,

(a) advise him of his rights and take such steps as the circumstances require to protect his rights, including representing him on an application for remand or adjournment or for bail or on the entering of a plea of guilty and making representations with respect to sentence where a plea of guilty is entered;

89. The customary solicitor and client relationship shall exist between a solicitor and his client.

The Crown called in reply the following professional witnesses:

Dr. Joseph Thomas Marotta, who testified that on September 5, 1973, he had seen the appellant at the request of Dr. Davidson, a psychiatrist who had testified on behalf of the defence, and that he had conducted an EEG examination of the appel-

Nous verrons qu'il s'agit exactement du même moyen d'appel.

J'ai lu attentivement les motifs pour lesquels le juge en chef Gale a rejeté ce moyen d'appel. Je suis entièrement d'accord avec lui et j'ai peu à ajouter. Cependant, il y a un aspect de cette affaire qui me préoccupe et qu'il y a lieu d'explicitier.

Après son arrestation le 1^{er} février 1973, l'appellant a naturellement été emprisonné. Le 2 février 1973, il a comparu une première fois devant le tribunal de police à Toronto, puis une seconde fois, le 9 février 1973, pour renvoi. A chacune de ces occasions, des policiers de la Sûreté municipale de Toronto lui ont présenté un avocat qui était l'avocat de service désigné en vertu du programme d'aide juridique de l'Ontario. Il n'existe aucune autre indication que l'appellant a consulté ou retenu les services d'un autre avocat avant les examens que lui ont fait subir les psychiatres de la Couronne et que je mentionnerai plus loin. Les fonctions de l'avocat de service en vertu du programme d'aide juridique de l'Ontario sont prévues au règlement 557 (R.R.O. 1970) établi en vertu du *Legal Aid Act*, R.S.O. 1970, c. 239. Voici les art. 69 et 89 des règlements:

[TRADUCTION] 69. Lorsqu'une personne a été amenée en détention ou a reçu une sommation et a été accusée d'une infraction, elle peut obtenir avant de comparaître à l'accusation l'assistance d'un avocat de service qui doit,

a) l'aviser de ses droits et prendre les mesures que les circonstances exigent pour protéger ses droits, y compris la représenter dans une demande de renvoi ou d'ajournement ou de cautionnement ou lors de l'inscription d'un aveu de culpabilité et faire des observations concernant la sentence lorsqu'un plaidoyer de culpabilité a été inscrit;

89. Les rapports ordinaires avocat-client doivent exister entre un avocat et son client.

En réplique, la Couronne a convoqué les témoins-experts suivants:

Le *Dr. Joseph Thomas Marotta* a témoigné que le 5 septembre 1973, il avait examiné l'appellant à la demande du docteur Davidson, un psychiatre qui avait témoigné pour la défense, et qu'il avait fait subir à l'appellant un électro-encéphalogramme

lant which examination revealed no abnormality of any description. It is to be noted that this witness had performed his service at the request of the defence and I am not dealing further with his evidence.

Dr. Peter Watts Rowsell, who testified that he examined the accused February 9, 1973, at the Don Jail in Toronto. This examination was made at the request of counsel for the Crown. There is nothing to show that the accused had any notice that he was to be so examined nor was anyone who in any way represented him consulted. *Dr. Rowsell* gave expert opinion evidence as to the mental condition of the appellant.

Dr. David Lang Common, the consultant psychiatrist at the Toronto Jail, examined the appellant at the Toronto Jail on February 12, 1973. He testified that upon seeing the appellant, he introduced himself and said "I am *Dr. Common*. I am the jail psychiatrist and I have been asked by *Mr. Whitehead*, the superintendent, to examine you", to which the appellant replied, "What! Do I have to see another psychiatrist? There is nothing wrong with me". Again, there is no evidence that there was any previous notice to the appellant that such examination would take place nor was anyone consulted on behalf of the appellant. Again, the witness, *Dr. Common*, gave expert opinion evidence as to the mental condition of the appellant.

Dr. Andrew Ian Malcolm examined the appellant on February 10, 1973, in the Don Jail. This examination was also made at the request of the Crown and *Dr. Malcolm* reported immediately to Crown counsel. Again, there is nothing in the evidence that the appellant had any notice of such examination or that anyone was consulted on behalf of the appellant.

All of these examinations took place a considerable time before the appellant appeared on preliminary hearing and there was no kind of judicial determination whatsoever that such examination should be permitted. Since it would appear that at the time the examinations took place the appellant was not in fact represented by counsel, there was no legal representative with whom the counsel for the Crown could confer.

qui n'a révélé aucun indice de comportement anormal. Il est à noter que ce témoin avait agi à la demande de la défense et je m'abstiendrai d'examiner davantage son témoignage.

Le *D^r Peter Watts Rowsell* a témoigné qu'il a examiné l'accusé le 9 février 1973 à la prison Don à Toronto. Cet examen lui avait été demandé par le procureur de la Couronne. Rien ne démontre que l'accusé a été avisé de l'examen ou qu'un de ses représentants a été consulté à ce sujet. Le docteur *Rowsell* a témoigné à titre d'expert quant à la condition mentale de l'appellant.

Le *D^r David Lang Common*, le psychiatre consultant de la prison de Toronto, a examiné l'appellant à cet endroit le 12 février 1973. Il a témoigné qu'il s'est présenté à l'appellant de cette façon: [TRADUCTION] «Je suis le docteur *Common*. Je suis le psychiatre résidant et *M. Whitehead*, le surintendant, m'a demandé de vous examiner», ce à quoi l'appellant a répondu [TRADUCTION] «Quoi! Dois-je voir un autre psychiatre? Je ne suis pas malade». Encore une fois, il n'y a aucune preuve que l'appellant a été avisé qu'il devait subir cet examen ou que quelqu'un a été consulté en son nom. Le docteur *Common* a aussi témoigné à titre d'expert quant à la condition mentale de l'appellant.

Le *D^r Andrew Ian Malcolm* a examiné l'appellant le 10 février 1973 à la prison Don. C'est la Couronne qui, encore une fois, avait demandé cet examen et le docteur *Malcolm* a immédiatement soumis son rapport au procureur de la Couronne. De nouveau, aucune preuve ne démontre que l'appellant a été avisé qu'il devait subir cet examen ou que quelqu'un a été consulté en son nom.

Tous ces examens ont eu lieu bien avant que l'appellant comparaisse à l'enquête préliminaire et ils ont été fait sans autorisation judiciaire. Puisqu'il semble que l'appellant n'était pas représenté par un avocat lorsque ces examens ont eu lieu, il n'y avait donc aucun représentant juridique avec qui le procureur de la Couronne pouvait conférer.

It was the submission of counsel for the accused to the Court of Appeal for Ontario and to this Court that under these circumstances the learned trial judge should have refused to permit these three last-named witnesses to give evidence and that a court order should have been obtained on notice prior to such examinations taking place.

Gale C.J.O., in his reasons for judgment, said:

Although this Court has already pointed out that it would be preferable for the Crown to seek a Court order for psychiatrists' examination of an accused under arrest, and when the accused has retained counsel to advise defence counsel of their proposal to have a psychiatrists' examination of the accused, the Crown's failure to do so is not by itself a basis for excluding that evidence.

As I have said, I am in agreement with the reasons of the learned Chief Justice of Ontario including that statement.

The learned Chief Justice was referring to the decision of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Lafrance*², where speaking for the Court, he said:

Complaint was taken that he ought not to have been so examined without notice to his counsel, or without an order of the Court. We agree that it would have been better to have had the concurrence of counsel, or an order of the Court, although in this respect we must point out that Crown counsel did in fact attempt to obtain the permission of defence counsel, but went ahead with the examinations when he could not reach him. However, the evidence was not inadmissible, and we think the learned Judge could not be said to have exercised his discretion incorrectly, if one was available to him, in permitting that evidence to be introduced. In this connection we have in mind the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Wray*, [1970] 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673, [1971] S.C.R. 272. For these reasons the appeal will be dismissed.

It is noteworthy that in the *Lafrance* case the examination by the psychiatrist to which defence counsel took objection was made while the accused had been confined in the mental hospital at Pene-

L'avocat de l'accusé a allégué devant la Cour d'appel de l'Ontario et devant cette Cour que, dans ces circonstances, le juge de première instance n'aurait pas dû permettre aux trois derniers témoins susmentionnés de déposer et qu'une ordonnance du tribunal aurait dû être obtenue sur avis avant de procéder à ces examens.

Dans ses motifs de jugement, le juge en chef Gale a dit ceci:

[TRADUCTION] Même si cette Cour a déjà signalé qu'il serait souhaitable que la Couronne obtienne du tribunal une ordonnance avant l'examen psychiatrique d'un accusé en état d'arrestation, et lorsque l'accusé a retenu les services d'un avocat, qu'elle avise ce dernier de sa demande en vue d'un examen psychiatrique de l'accusé, l'omission par la Couronne de ce faire ne constitue pas en soi un motif d'exclusion de cette preuve.

Comme je l'ai dit, je suis en accord avec les motifs formulés par le savant juge en chef de l'Ontario, y compris celui-là.

Le savant juge en chef s'est reporté à l'arrêt rendu par le Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Lafrance*², où il a dit, alors qu'il s'exprimait au nom de la Cour:

[TRADUCTION] Une plainte a été formulée à l'effet qu'il n'aurait pas dû être ainsi examiné sans aviser son avocat ou sans obtenir une ordonnance de la Cour. Nous convenons qu'il aurait été préférable d'obtenir auparavant l'assentiment de son avocat ou une ordonnance de la Cour, bien qu'à cet égard nous devons souligner que le procureur de la Couronne a effectivement tenté d'obtenir la permission de l'avocat de la défense, mais ne pouvait entrer en contact avec lui, il procéda aux examens. Cependant, la preuve n'était pas inadmissible, et nous croyons qu'il ne peut être dit que le savant juge a irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire, s'il existait, en permettant le dépôt de cette preuve. Sous ce rapport, nous songeons à la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Wray*, [1970] 4 C.C.C. 1, 11 D.L.R. (3d) 673, [1971] R.C.S. 272. Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

Il convient de noter que dans l'affaire *Lafrance*, l'examen psychiatrique auquel s'est opposé l'avocat de la défense avait été fait alors que l'accusé se trouvait à l'hôpital psychiatrique de Penetanguis-

² (1972), 8 C.C.C. (2d) 22.

² (1972), 8 C.C.C. (2d) 22.

tanguishene and there may have been some jurisdiction for a court to make an order under those circumstances. In the circumstances in the present case, the accused was confined in the Toronto Jail. I have been unable to discover any provision in the *Criminal Code* or elsewhere which would authorize some court to give an order for his examination.

It must be remembered that these examinations took place prior to the preliminary inquiry and it would appear that in the opinion of the Crown counsel it was necessary in the due administration of justice to have these psychiatric examinations at that time. Counsel for the appellant referred to s. 465 (c), s. 543 and s. 608.2 of the *Criminal Code*, but reference to these actions indicates that they are all concerned with a later period when the accused was at preliminary inquiry, at trial, or before the Court of Appeal, and I am of the opinion that they are quite inapplicable to the circumstances in the present appeal.

The interest of the accused in the issue of whether he should be subject to psychiatric examination and in the form and content of that examination is, of course, evident. It would appear that a provision whereby there could be an application made to a designated judicial officer upon notice to an accused person for an order permitting such examination would be a proper provision in the protection of the rights and interests of an accused person. If notice of such an application were given to an accused person, then the accused person would be in the position where he could immediately seek advice from a solicitor in reference thereto and would result in either the retaining of such a solicitor or seeking the services of legal aid under the various provincial plans. At the present time, it would seem that all a court can do is to express regret that no court order had been obtained without being able to point out how such a court order could be obtained. In the present circumstances, as I have said, I am of the opinion that the appeal could not succeed.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

hene, et un tribunal aurait pu être compétent pour rendre une ordonnance dans ce cas-là. Dans les circonstances de la présente affaire, l'accusé était détenu à la prison de Toronto. Je n'ai trouvé aucune disposition dans le *Code criminel* ou ailleurs qui autoriserait un tribunal à rendre une ordonnance en vue de l'examen de l'accusé.

Il ne faut pas oublier que l'on a procédé à ces examens avant l'enquête préliminaire et il semblerait que, de l'avis du procureur de la Couronne, la bonne administration de la justice nécessitait que ces examens psychiatriques aient lieu à cette époque. L'avocat de l'appellant a invoqué les art. 465c), 543 et 608.2 du *Code criminel*, mais ces derniers n'entrent en jeu que plus tard, lorsque l'accusé subit son enquête préliminaire ou son procès, ou lorsqu'il est devant la Cour d'appel, et je suis d'avis qu'ils sont absolument inapplicables aux circonstances du présent pourvoi.

L'accusé a bien sûr un intérêt certain dans la question de savoir s'il doit subir un examen psychiatrique, et dans la forme et le contenu de cet examen. Il me semble que les droits et les intérêts d'un accusé seraient beaucoup mieux protégés s'il existait une disposition en vertu de laquelle la demande d'une ordonnance en vue d'un tel examen serait présentée à un fonctionnaire judiciaire et signifiée à l'accusé. Si l'avis d'une telle demande était signifié à un accusé, ce dernier serait alors en mesure de se renseigner immédiatement auprès d'un avocat et il pourrait ainsi retenir ses services ou recourir au service d'aide juridique qu'offrent les divers programmes provinciaux. A l'heure actuelle, il semble qu'un tribunal ne peut que déplorer le fait qu'aucune ordonnance judiciaire n'a été obtenue, sans avoir la possibilité d'indiquer la procédure à suivre pour obtenir une telle ordonnance. Dans les circonstances, comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis que ce pourvoi ne peut pas être accueilli.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appel rejeté.

Solicitors for the appellant: Arthur Maloney, and Clare E. Lewis, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Arthur Maloney, et Clare E. Lewis, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Robert Gary Little and Richard William Wolski *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1974: June 11, 12; 1974: December 19.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law—Theft—Indictment—Charge alleging ownership in “Westwood Jewellers Limited”—Evidence establishing owner as individual carrying on business under name of “Westwood Jewellers”—Whether ground for acquittal.

The appellants were charged with stealing two diamond rings, the property of Westwood Jewellers Limited. The evidence established that the store from which the rings were taken was known as “Westwood Jewellers”, owned and managed by a Mr. Nuytten. At the conclusion of the Crown’s case, the defence moved for dismissal of the charge on the submission that the Crown had failed to lead evidence of ownership of the rings in Westwood Jewellers Limited, as charged in the indictment. The judge entered an acquittal on the ground that the Crown had charged ownership in Westwood Jewellers Limited and proven ownership in Mr. Nuytten. On appeal, the Court of Appeal allowed the appeal and convicted the two accused. Appeals by the accused were then brought to this Court.

Held: The appeals should be dismissed.

Per Martland, Ritchie and de Grandpré JJ.: If the owner of an object allegedly stolen is mentioned in an indictment and if his ownership is not proven and there are no other circumstances to indicate to the accused the true nature of the charge, an acquittal should be entered. However, when, as in the present case, there cannot be any possibility for the accused to fail to identify the transaction about which they are charged, there is no reason to discharge the accused for the sole reason that the owner mentioned in the indictment has not been mentioned in the evidence.

Per Dickson and Beetz JJ.: On a charge of theft, save in exceptional circumstances as, for example, when theft can be inferred from the suspicious circumstances of the

Robert Gary Little et Richard William Wolski *Appellants*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1974: les 11 et 12 juin; 1974: le 19 décembre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Vol — Acte d’accusation — L’acte d’accusation désigne «Westwood Jewellers Limited» comme propriétaire—La preuve établit que le propriétaire est une personne qui exerce des affaires sous la raison sociale de «Westwood Jewellers»—Cela entraîne-t-il un acquittement?

Les appellants ont été inculpés du vol de deux bagues de diamants, propriété de Westwood Jewellers Limited. La preuve a établi que la bijouterie où les bagues avaient été dérobées était connue sous le nom de Westwood Jewellers, dont le propriétaire et gérant était un certain M. Nuytten. A la fin de la présentation de la preuve par le Ministère public, la défense a demandé le rejet de l’accusation pour le motif que le Ministère public n’avait pas prouvé que les bagues appartenaient à Westwood Jewellers Limited, tel que mentionné dans l’acte d’accusation. Le juge a prononcé un acquittement pour le motif que le Ministère public avait dans l’acte d’accusation désigné Westwood Jewellers Limited comme propriétaire et qu’il avait été prouvé que le propriétaire était M. Nuytten. En appel, la Cour d’appel a accueilli l’appel et a déclaré coupables les deux accusés. Des pourvois ont alors été interjetés à cette Cour par les accusés.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

Les juges Martland, Ritchie et de Grandpré: Si le propriétaire de l’objet présumé volé est mentionné dans l’acte d’accusation et si l’on ne prouve pas son droit de propriétaire, en l’absence d’autres éléments pour indiquer à l’inculpé la nature réelle de l’accusation, celui-ci devrait être acquitté. Cependant, lorsque, comme en l’espèce, il n’y a rien qui puisse empêcher les inculpés d’identifier l’affaire qui fait l’objet de l’accusation, il n’y a aucune raison de les libérer pour le seul motif qu’il n’a pas été fait mention au cours des témoignages du propriétaire nommé dans l’acte d’accusation.

Les juges Dickson et Beetz: Dans une inculpation de vol, sauf en des circonstances exceptionnelles comme, par exemple, lorsque le vol peut s’inférer des circon-

accused's possession, an allegation of ownership is not mere surplusage. If such an allegation is contained in an indictment and not proven, the charge must be dismissed.

The present case fell within the narrow compass of whether it was fatal to the position of the Crown to allege ownership in X Company Limited and prove ownership in X Company. On a charge of theft the identity of the owner of the property alleged to have been stolen is sufficiently established, in instances in which the owner is named in the indictment, when, as in this case, (i) the evidence adduced by the Crown reasonably identifies the owner with the person named in the indictment as owner, and (ii) it is clear that failure to prove the identity of the owner with greater precision has not misled or prejudiced the accused in preparation or presentation of the defence.

[*Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188, applied; *Trainer v. The King* (1906), 4 C.L.R. 126, distinguished; *R. v. Carswell* (1916), 26 C.C.C. 288; *R. v. Cassils* (1932), 57 C.C.C. 366; *R. v. Scott*, [1970] 3 C.C.C. 109; *R. v. Meloche*, [1970] 1 C.C.C. (2d) 187; *R. v. Sheppard* (1949), 95 C.C.C. 298; *R. v. Pelletier*, [1970] 3 C.C.C. 387; *R. v. Emmons* (1970), 13 C.R.N.S. 310; *R. v. Schemenaur* (1968), 65 W.W.R. 425, referred to.]

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused, by Hewak Co. Ct. J., on a charge of theft. Appeals dismissed.

P. Schulman, for the appellants.

J. Guy, for the respondent.

The judgment of Martland, Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—The appellants were indicted as follows:

That the said Richard William Wolski, and Robert Gary Little, on or about the 22nd day of July in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-two, at or near the City of Winnipeg in the Eastern Judicial District in the Province of Manitoba, did unlawfully

¹ [1974] 1 W.W.R. 720, 14 C.C.C. (2d) 531, 24 C.R.N.S. 326.

stances équivoques de la possession par l'inculpé, une allégation relative à la propriété n'est pas simplement superflue. Si un acte d'accusation contient une allégation quant à la propriété et que la preuve n'en est pas faite, l'accusation doit être rejetée.

Le présent cas se situe à l'intérieur de limites plus étroites, à savoir s'il est fatal pour le Ministère public d'alléguer que le propriétaire est la Compagnie X Limitée et de faire la preuve que le propriétaire est la Compagnie X. Dans une inculpation de vol, l'identité du propriétaire du bien dont on allègue le vol est suffisamment établie, dans les affaires où le propriétaire est désigné dans le chef d'accusation, lorsque, comme en l'espèce, (i) la preuve soumise par le Ministère public identifie suffisamment le propriétaire avec la personne désignée dans le chef d'accusation sous ce titre, et (ii) il est évident que le défaut de prouver l'identité du propriétaire avec plus de précision n'a pas induit l'inculpé en erreur ou ne lui a pas causé de préjudice dans la préparation ou la présentation de sa défense.

[Arrêt appliqué: *Brodie c. Le Roi*, [1936] R.C.S. 188; distinction faite avec l'arrêt: *Trainer v. The King* (1906), 4 C.L.R. 126; arrêts mentionnés: *R. v. Carswell* (1916), 26 C.C.C. 288; *R. v. Cassils* (1932), 57 C.C.C. 366; *R. v. Scott*, [1970] 3 C.C.C. 109; *R. v. Meloche*, [1970] 1 C.C.C. (2d) 187; *R. v. Sheppard* (1949), 95 C.C.C. 298; *R. v. Pelletier*, [1970] 3 C.C.C. 387; *R. v. Emmons* (1970), 13 C.R.N.S. 310; *R. v. Schemenaur* (1968), 65 W.W.R. 425.]

POURVOIS interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹ qui a accueilli l'appel interjeté par le Ministère public à l'encontre du verdict d'acquiescement des accusés prononcé par le juge Hewak de la Cour de comté, relativement à une inculpation de vol. Pourvois rejetés.

P. Schulman, pour les appelants.

J. Guy, pour l'intimée.

Le jugement des juges Martland, Ritchie et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Les appelants ont été inculpés en ces termes:

[TRADUCTION] Que, le ou vers le 22 juillet 1972, lesdits Richard William Wolski et Robert Gary Little ont, en ou dans les environs de la ville de Winnipeg, du district judiciaire Eastern de la province du Manitoba, illégalement volé deux bagues de diamant d'une valeur totale

¹ [1974] 1 W.W.R. 720, 14 C.C.C. (2d) 531, 24 C.R.N.S. 326.

steal two diamond rings to a total value exceeding two hundred dollars, the property of Westwood Jewellers Limited situate at 3298 Portage Avenue in the aforesaid City of Winnipeg and did thereby commit theft.

At the conclusion of the evidence presented by the Crown, the accused moved for a dismissal on the ground that there was no evidence to show that Westwood Jewellers Limited was the owner of the diamond rings mentioned in the indictment. Hewak Co. Ct. J., after a full review of the authorities, found himself "compelled to discharge the accused".

The trial judge had posed the problem in the following terms:

I am satisfied on the totality of the evidence before me that Little and Wolski not only knew one another but had entered the premises of Westwood Jewellers Limited for the purpose of committing a theft. I am satisfied that the accused Little acted as a decoy while Wolski made his way to the jewel case and removed the rings from the case after which time both accused fled the scene.

The only question that must be resolved is the question of the ownership specified in the indictment.

To resolve the question, he sought guidance in a principle which he expressed in the following terms:

While it is well-settled law that proof of ownership can be proven not only by direct evidence but by circumstantial evidence, the fact remains that there must be evidence proving ownership in the person alleged to be the owner in the indictment.

In that light, he looked at the evidence which contains, amongst others, the following:

Q. I understand, Mr. Nuytten, you are the manager of Westwood Jewellers, located at 3298 Portage Avenue, in the City of Winnipeg, in the Province of Manitoba; is that correct?

A. That is correct.

Q. Were you the owner and manager of Westwood Jewellers on July 22nd, 1972?

A. Yes, I was.

and he concluded:

dépassant deux cents dollars, propriété de Westwood Jewellers Limited sise au 3298 avenue Portage en ladite ville de Winnipeg, commettant ainsi un vol.

Après que la Couronne eut complété la présentation de sa preuve, l'inculpé a demandé le rejet de l'accusation pour le motif qu'il n'y avait aucun élément de preuve établissant que Westwood Jewellers Limited était le propriétaire des bagues de diamants mentionnées dans l'acte d'accusation. Le juge Hewak, de la Cour de comté, après une revue complète des autorités, s'est vu [TRADUCTION] «obligé de libérer l'inculpé».

Le juge au procès a exposé le problème comme suit:

[TRADUCTION] L'ensemble de la preuve que j'ai devant moi me convainc que Little et Wolski non seulement se connaissaient mais qu'ils ont pénétré dans les locaux de Westwood Jewellers Limited en vue de commettre un vol. Je suis convaincu que l'inculpé Little a servi à détourner l'attention pendant que Wolski se rendait au coffret à bijoux pour y enlever les bagues, après quoi les deux inculpés s'enfuirent.

La seule question à résoudre a trait au propriétaire spécifié dans l'acte d'accusation.

Pour résoudre la question, il s'est inspiré d'un principe qu'il a énoncé comme suit:

[TRADUCTION] Bien qu'il soit parfaitement admis en droit que la preuve de propriété peut être établie non seulement par une preuve directe mais aussi par une preuve circonstancielle, il reste qu'il doit exister des éléments de preuve établissant que la personne présentée dans l'acte d'accusation comme propriétaire, l'est effectivement.

Dans cette perspective, il a examiné les témoignages qui contiennent, entre autres, ce qui suit:

[TRADUCTION] Q. Je comprends, M. Nuytten, que vous êtes gérant de Westwood Jewellers située au 3298 avenue Portage, en la ville de Winnipeg, province du Manitoba; est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Étiez-vous propriétaire et gérant de Westwood Jewellers le 22 juillet 1972?

R. Oui, je l'étais.

et il a conclu:

Here, however, Westwood Jewellers Limited was specified as the owner in the indictment whereas the evidence established Nuytten as the owner. Nuytten and Westwood Jewellers Limited, in law, are two separate and distinct individuals.

On an appeal by the Crown, the Court of Appeal came to the conclusion that a point of law existed enabling a Crown appeal to be taken, and had this to say on the substance:

No one, throughout the case, referred to the entity of "Westwood Jewellers Limited" but there is no question that the premises where the offence was alleged to have taken place were called "Westwood Jewellers", that the premises were situate at 3298 Portage Avenue, in Winnipeg, and that the rings were stolen from those premises.

Matas J., speaking for the Court, re-examined all the relevant cases and concluded:

In the case at bar, use of the corporate name in the indictment did not mislead in any way: the accused had sufficient knowledge, by the indictment, of the circumstances of the offence; they had reasonable information with respect to the act alleged in the indictment sufficient to identify the transaction. There was no prejudice to them. This is not a case of a charge against a company where status and exact terminology would be an important detail. (cf. *R. v. Pelissiers Limited*, [1926] 1 W.W.R. 189 (Man. C.A.).)

With respect, acquittal, under the circumstances of the case, would be in direct contravention of the plain words of s. 512(g) of the Code and would negate the clear intention of Parliament.

I agree with this result.

The crime of theft is defined in s. 283 of the *Criminal Code* and I quote the relevant paragraph:

283. (1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything whether animate or inanimate, with intent,

(a) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it,

[TRADUCTION] Cependant en l'espèce, Westwood Jewellers Limited a été nommée comme propriétaire dans l'acte d'accusation alors que la preuve établit que le propriétaire est Nuytten. Nuytten et Westwood Jewellers Limited sont juridiquement deux personnes séparées et distinctes.

Sur l'appel interjeté par la Couronne, la Cour d'appel a conclu à l'existence d'un point de droit permettant un appel de la Couronne, et s'est prononcée sur le fond comme suit:

[TRADUCTION] Personne au cours du procès n'a fait mention de l'entité «Westwood Jewellers Limited», mais il n'y a pas de doute que l'endroit où l'infraction est présumée s'être produite était appelé «Westwood Jewellers», située au 3298 avenue Portage à Winnipeg et que c'est là que les bagues ont été volées.

Le juge Matas, parlant au nom de la Cour, a examiné à nouveau tous les arrêts pertinents et a conclu:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'emploi du nom de la compagnie dans l'acte d'accusation n'a aucunement porté à confusion; l'acte d'accusation fournissait aux inculpés une connaissance suffisante des circonstances de l'infraction; l'acte d'accusation contenait des détails suffisants pour les renseigner raisonnablement sur l'acte reproché et pour identifier l'affaire. Ils n'ont pas subi de préjudice. Il ne s'agit pas d'un cas d'inculpation d'une compagnie où le statut et la désignation exacte pourraient être un détail important. (cf. *R. v. Pelissiers Limited* [1926] 1 W.W.R. 189 (Man. C.A.).)

Respectueusement, un acquittement dans les circonstances présentes irait directement à l'encontre de l'énoncé clair de l'al. g) de l'art. 512 du Code et démentirait l'intention évidente du Parlement.

Je suis d'accord avec cette conclusion.

Le vol est défini à l'art. 283 du *Code criminel* et je cite l'alinéa pertinent:

283. (1) Commet un vol, quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée avec l'intention

a) de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose,

To be fair to the accused and to bring home to him the offence with which he is charged, the *Code* has enacted various provisions as to counts and indictments of which the following should be quoted here:

510. (2) The statement referred to in subsection (1) may be

(a) in popular language without technical averments or allegations of matters that are not essential to be proved,

(b) in the words of the enactment that describes the offence or declares the matters charged to be an indictable offence, or

(c) in words that are sufficient to give to the accused notice of the offence with which he is charged.

(3) A count shall contain sufficient detail of the circumstances of the alleged offence to give to the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to, but otherwise the absence or insufficiency of details does not vitiate the count.

512. No count in an indictment is insufficient by reason of the absence of details where, in the opinion of the court, the count otherwise fulfils the requirements of section 510 and, without restricting the generality of the foregoing, no count in an indictment is insufficient by reason only that

(b) it does not name the person who owns or has a special property or interest in property mentioned in the count,

(g) it does not name or describe with precision any person, place or thing, or

The purpose of these provisions is clearly, on the one hand, to avoid undue technicalities and, on the other hand, to permit the accused to know exactly the transaction which is the basis of the charge. On this latter aspect of the matter, Rinfret J., as he was then, speaking for the Court, had this to say in *Brodie v. The King*², at p. 194:

Those are the very words of the section; and they were put there to embody the spirit of the legislation, one of its main objects being that the accused may have a fair trial and consequently that the indictment shall, in itself, identify with reasonable precision the act or acts with which he is charged, in order that he may be advised of

²[1936] S.C.R. 188.

Par souci de justice envers les prévenus et pour leur bien faire comprendre la nature de l'infraction dont ils sont inculpés, le *Code* a édicté certaines dispositions quant aux chefs d'accusation et aux actes d'accusation parmi lesquels il convient de citer les suivantes:

510. (2) La déclaration mentionnée au paragraphe (1) peut être faite

a) en langage populaire sans expressions techniques ni allégations de choses dont la preuve n'est pas essentielle,

b) dans les termes mêmes de la disposition qui décrit l'infraction ou déclare que le fait imputé est un acte criminel, ou

c) en des termes suffisants pour notifier au prévenu l'infraction dont il est inculpé.

(3) Un chef d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction alléguée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie par le chef d'accusation.

512. Aucun chef dans un acte d'accusation n'est insuffisant en raison de l'absence de détails lorsque, d'après la cour, le chef d'accusation répond autrement aux exigences de l'article 510 et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, nul chef d'accusation dans un acte d'accusation n'est insuffisant du seul fait

b) qu'il ne nomme pas la personne qui est le propriétaire d'un bien mentionné dans le chef d'accusation, ou qui a un droit de propriété ou intérêt spécial dans ces biens,

g) qu'il ne nomme ni ne décrit avec précision une personne, un endroit ou une chose, ou

Ces dispositions ont clairement pour but, d'une part, d'éviter des technicalités indues et, d'autre part, de permettre à l'inculpé de connaître exactement l'affaire qui est à la base de l'accusation. Sous ce dernier aspect, le juge Rinfret, alors juge puîné, parlant au nom de la Cour, a déclaré ceci dans *Brodie c. Le Roi*², à la p. 194:

[TRADUCTION] Ce sont là les mots mêmes de l'article et ils ont pour objet de mettre en application l'esprit de la loi dont l'un des buts principaux est que le prévenu puisse avoir un procès équitable et, par conséquent, que l'acte d'accusation en soi identifie de façon raisonnablement précise l'acte ou les actes dont il est inculpé de

²[1936] R.C.S. 188.

the particular offence alleged against him and prepare his defence accordingly.

Once this aspect has been covered and the accused has been assured of a fair trial because he has been made aware of the substance of the charge and of the circumstances of the transaction, the other aspect must be looked at, namely the desire of Parliament not to burden the administration of justice with a narrow, technical and legalistic approach. On this point, it is worth comparing the wording of s. 283, para. 1, and that of s. 512, para. (b); both these sections refer to the owner of a thing or to a person having a special property or interest therein.

If, however, the name of the alleged owner is mentioned in the indictment, is it correct to state that, unless ownership in that person is proven by the Crown, the charge must be dismissed? I am not ready to accept that this is a true statement of the law.

All of the relevant cases having been discussed in the Courts below, it would serve no useful purpose to review them here. However, it should be noted that many of these cases rely on the Australian case of *Trainer v. The King*³, where Griffith C.J. expressed the following view:

The Law of England, and it is the same here, requires the ownership of the property to be laid in the indictment and proved. There is ample power of amendment, but in the absence of amendment it must be proved as laid.

In my opinion, this view does not take into consideration what is now ss. 510 and 512 of the *Criminal Code*, sections which, in substance, have been in existence since 1892 and which do create in Canada a situation different from that summarized by Griffith C.J. above. This situation, of course, brings to mind the following note of caution to be found at the end of the *Brodie* case, *supra*, at p. 199:

³ (1906), 4 C.L.R. 126.

sorte qu'il puisse connaître la nature de l'infraction qu'on lui reproche et préparer sa défense en conséquence.

Une fois que l'on a tenu compte de cet aspect et que l'inculpé est assuré d'un procès équitable parce qu'on l'a renseigné sur la nature de l'accusation et sur les circonstances de l'affaire, l'autre aspect doit être considéré, c'est-à-dire le désir du Parlement de ne pas imposer à l'administration de la justice une conception étroite, technique et legaliste. Sur ce point, il y a lieu de comparer le texte du par. (1) de l'art. 283 et celui de l'al. b) de l'art. 512; ces deux articles parlent du propriétaire d'une chose ou d'une personne qui a un droit de propriété ou intérêt spécial dans cette chose.

Toutefois, si le nom du propriétaire allégué est mentionné dans l'acte d'accusation, est-il exact de déclarer que, à moins que la Couronne ne prouve que cette personne-là est effectivement le propriétaire, l'accusation doit être rejetée? Je ne suis pas prêt à admettre que ce soit là un exposé exact de l'état du droit.

Tous les arrêts pertinents ont été examinés par les cours d'instance inférieure et il ne servirait à rien de le faire à nouveau ici. Cependant, il convient de signaler que beaucoup de ces décisions s'appuient sur l'arrêt australien *Trainer v. The King*³, où le juge en chef Griffith a exprimé le point de vue suivant:

[TRADUCTION] La loi anglaise, et c'est la même chose ici, exige que le nom du propriétaire de l'objet soit énoncé dans l'acte d'accusation et qu'on prouve que la personne dont le nom est ainsi énoncé est effectivement propriétaire de l'objet. Il existe de très larges pouvoirs d'amender l'acte, mais si l'on ne le fait pas, la preuve doit alors se conformer aux termes de l'énoncé.

A mon avis, cette opinion ne prend pas en considération ce que prévoient maintenant les art. 510 et 512 du *Code criminel*, articles qui, en substance, existent depuis 1892 et créent au Canada une situation différente de celle résumée ci-dessus par le juge en chef Griffith. Naturellement, cette situation rappelle l'avertissement suivant que l'on trouve à la fin de l'arrêt *Brodie*, *supra*, à la p. 199;

³ (1906), 4 C.L.R. 126.

We do not want to part with this appeal, however, without saying that our decision is strictly limited to the points in issue. We would not like to be taken as subscribing to certain generalities contained in some of the judgments to which we have been referred and which would tend to convey the idea that, notwithstanding the coming into force of the Criminal Code, the criminal law in this country should continue to be administered as though there were no Code.

There is no doubt that, if the owner of the object allegedly stolen is mentioned in the indictment and if his ownership is not proven and there are no other circumstances to indicate to the accused the true nature of the charge, an acquittal should be entered. However, when, as in the present case, there cannot be any possibility for the accused to fail to identify the transaction about which they are charged, there is no reason to discharge the accused for the sole reason that the owner mentioned in the indictment has not been mentioned in the evidence.

In the present case, the following factors have to be underlined:

- (1) the jewellery store where the offence was alleged to have taken place was situated in the Westwood Shopping Centre;
- (2) this store was known, and proven to be so, as Westwood Jewellers;
- (3) the premises were situated at 3298 on Portage Avenue in Winnipeg;
- (4) Little gave a statement to the police, statement which was accepted in evidence, wherein he admitted having been in Westwood Jewellers at the time of the alleged theft;
- (5) Wolski, on his part, although denying to the police having been inside Westwood Jewellers, was brought by the police to the Shopping Centre and had his attention directed to Westwood Jewellers.

In my opinion, on the whole of the evidence, it is clear that the accused have been given sufficient information about the circumstances of the alleged offence and were at all times in a position to identify the transaction referred to in the indictment. Accordingly, it is my view that they have received a fair trial.

[TRADUCTION] Toutefois, nous ne voulons pas disposer de ce pourvoi sans mentionner que notre décision se limite strictement aux questions en litige. Nous ne voulons pas donner à entendre que nous acceptons certaines généralités contenues dans quelques-uns des jugements qu'on nous a cités et qui pourraient faire croire que, malgré la mise en vigueur du Code criminel, le droit criminel en ce pays devrait continuer à être régi comme si le Code n'avait pas été adopté.

Il n'y a aucun doute que, si le propriétaire de l'objet présumé volé est mentionné dans l'acte d'accusation et que si l'on ne prouve pas son droit de propriétaire et qu'il n'y a pas d'autres éléments pour indiquer à l'inculpé la nature réelle de l'accusation, celui-ci devrait être acquitté. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, il n'y a rien qui puisse empêcher les inculpés d'identifier l'affaire qui fait l'objet de l'accusation, il n'y a aucune raison de les libérer pour le seul motif qu'il n'a pas été fait mention au cours des témoignages, du propriétaire nommé dans l'acte d'accusation.

En l'espèce, les éléments suivants doivent être soulignés:

- (1) la bijouterie où, allègue-t-on, l'infraction a été commise était située au centre commercial Westwood;
- (2) la bijouterie était connue, et la preuve l'a démontré, sous le nom de Westwood Jewellers;
- (3) la bijouterie avait ses locaux au 3298 avenue Portage à Winnipeg;
- (4) Little a fait une déclaration à la police, déclaration qui a été reçue en preuve, où il a admis avoir été présent dans la bijouterie Westwood Jewellers au moment du présumé vol;
- (5) Wolski, de son côté, bien qu'il ait nié aux policiers être entré dans la bijouterie Westwood Jewellers, a été conduit par ceux-ci au centre commercial et on a dirigé son attention vers la bijouterie Westwood Jewellers.

A mon avis, selon l'ensemble de la preuve, il est clair que les inculpés ont été suffisamment renseignés sur les circonstances de l'infraction alléguée et ont toujours été en mesure d'identifier l'affaire mentionnée dans l'acte d'accusation. En conséquence, je considère qu'ils ont eu un procès équitable.

It is obvious from the foregoing that the appeal by the Crown to the Court of Appeal of Manitoba raised a point of law so there was jurisdiction in that Court.

On the whole, I would confirm the judgment appealed from and would dispose of the matter in accordance with the order of the Court of Appeal.

The judgment of Dickson and Beetz JJ. was delivered by

DICKSON J.—This case raises a short but interesting point as to proof of ownership on a charge of theft. The appellants were charged with stealing two diamond rings the property of Westwood Jewellers Limited, situate at 3298 Portage Avenue in the City of Winnipeg. The evidence established that the store from which the rings were taken was known as Westwood Jewellers, that it was situate at 3298 Portage Avenue in the City of Winnipeg and that the owner and manager of Westwood Jewellers on the day of the alleged offence was a Mr. Nuytten. At the conclusion of the Crown's case, the defence moved for dismissal of the charge on the submission that the Crown had failed to lead evidence of ownership of the rings in Westwood Jewellers Limited, as charged. On the specific point of ownership, one finds this evidence of Mr. Nuytten:

Q. I understand, Mr. Nuytten, you are the manager of Westwood Jewellers, located at 3298 Portage Avenue, in the City of Winnipeg, in the Province of Manitoba; is that correct?

A. That is correct.

Q. Were you the owner and manager of Westwood Jewellers on July 22nd, 1972?

A. Yes, I was.

Mr. Nuytten was not cross-examined on this point.

The judge, Hewak Co.Ct.J., said:

As previously stated, in this case the indictment alleges ownership to be in a corporate entity, Westwood Jewellers Limited. The evidence, however, establishes that the ownership of the goods is in a person, i.e., Nuytten. The Court cannot and should not bridge this gap by inferring that since Nuytten described himself as

De ce qui précède, il est évident que l'appel de la Couronne à la Cour d'appel du Manitoba soulevait un point de droit de sorte que cette dernière était compétente.

En résumé, je suis d'avis de confirmer le jugement dont appel et de décider l'affaire conformément à l'ordonnance de la Cour d'appel.

Le jugement des juges Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Cette affaire soulève une question simple mais intéressante quant à la preuve de propriété dans une inculpation de vol. Les appelants ont été inculpés du vol de deux bagues de diamants, propriété de Westwood Jewellers Limited sise au 3298 avenue Portage en la Ville de Winnipeg. La preuve a établi que la bijouterie où les bagues avaient été dérobées était connue sous le nom de Westwood Jewellers, qu'elle était sise au 3298 avenue Portage en la Ville de Winnipeg et que, le jour de l'infraction allégué, le propriétaire et gérant de Westwood Jewellers était un certain M. Nuytten. A la fin de la présentation de la preuve par le Ministère public, la défense a demandé le rejet de l'accusation pour le motif que le Ministère public n'avait pas prouvé que les bagues appartenaient à Westwood Jewellers Limited, tel que mentionné dans l'acte d'accusation. Sur le point précis de l'identité du propriétaire, M. Nuytten a témoigné comme suit:

[TRADUCTION] Q. Je comprends, M. Nuytten, que vous êtes gérant de Westwood Jewellers située au 3298 avenue Portage, en la ville de Winnipeg, province du Manitoba, est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Étiez-vous propriétaire et gérant de Westwood Jewellers le 22 juillet 1972?

R. Oui, je l'étais.

M. Nuytten n'a pas été contre-interrogé sur ce point.

Le juge Hewak, de la Cour de comté, a déclaré:

[TRADUCTION] Comme mentionné auparavant, l'acte d'accusation en l'espèce allègue que le propriétaire est une personne morale, Westwood Jewellers Limited. Mais la preuve établit que le propriétaire des marchandises est une personne physique, c.-à-d. Nuytten. Le tribunal ne peut pas combler cette lacune en déduisant

manager and owner of Westwood Jewellers situated at 3298 Portage Avenue and since the indictment specified the owner to be Westwood Jewellers Limited situated at 3298 Portage Avenue, the stolen property in question really belonged to Westwood Jewellers Limited and not to George Nuytten. Such an inference might have been possible had there been some evidence that Nuytten owned controlling shares in a company known as Westwood Jewellers Limited and that Westwood Jewellers Limited was carrying on business under the firm name and style of Westwood Jewellers. In the absence of such evidence, however, it is as reasonable to infer that Nuytten, in his personal capacity, was carrying on business under the firm name and style of Westwood Jewellers at that address rather than the limited company.

The judge entered an acquittal on the ground the Crown had charged ownership in Westwood Jewellers Limited and proven ownership in Mr. Nuytten. He applied such cases as *R. v. Carswell*⁴; *R. v. Cassils*⁵; and *R. v. Scott*⁶, all decisions of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, which support the proposition that if A is named as owner of property alleged to have been stolen the Crown cannot succeed if it is established in evidence that B is in fact the owner. The judge would seem to have been under the impression that the Crown had alleged ownership in one person and had proven ownership in another person. With respect, I do not think that is what occurred in this case. The charge alleged ownership in Westwood Jewellers Limited; the evidence established that the owner was Westwood Jewellers, or more precisely, Nuytten carrying on business under the firm name and style of Westwood Jewellers. The question which emerges, therefore, is whether failure of the Crown to prove "Limited" results in an acquittal. The Court of Appeal for Manitoba answered this question in the negative, I think correctly.

I have had the advantage of reading the reasons prepared by my brother de Grandpré and I agree with him that these appeals must fail. I regret, however, I am unable to agree with him that if the

⁴ (1916), 26 C.C.C. 288.

⁵ (1932), 57 C.C.C. 366.

⁶ [1970] 3 C.C.C. 109.

que puisque Nuytten s'est décrit lui-même comme gérant et propriétaire de Westwood Jewellers sise au 3298 avenue Portage et puisque l'acte d'accusation désigne comme propriétaire Westwood Jewellers Limited, sise au 3298 avenue Portage, les objets volés appartiennent réellement à Westwood Jewellers Limited et non pas à George Nuytten. Une telle déduction aurait été possible si la preuve avait établie que Nuytten détenait la majorité des actions dans une compagnie appelée Westwood Jewellers Limited ou que Westwood Jewellers Limited exerçait des affaires sous la raison sociale de Westwood Jewellers. Cependant, en l'absence d'une telle preuve, il est raisonnable de déduire que c'est Nuytten plutôt que la compagnie à responsabilité limitée, qui personnellement exerçait des affaires sous la raison sociale de Westwood Jewellers à l'adresse mentionnée.

Le juge a prononcé un acquittement pour le motif que le Ministère public avait dans l'acte d'accusation désigné Westwood Jewellers Limited comme propriétaire et qu'il avait prouvé que le propriétaire était M. Nuytten. Il a appliqué des arrêts tels que *R. v. Carswell*⁴; *R. v. Cassils*⁵; et *R. v. Scott*⁶, tous des arrêts de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, lesquels appuient la proposition que si A est nommé comme propriétaire de biens allégués avoir été volés, le Ministère public ne peut obtenir gain de cause si la preuve démontre que B est de fait le propriétaire. Le juge semble avoir eu l'impression que le Ministère public avait allégué que le propriétaire était une personne donnée et qu'il avait prouvé qu'une autre personne l'était. Respectueusement, je ne crois pas qu'en l'espèce c'est ce qui s'est produit. L'acte d'accusation a allégué que Westwood Jewellers Limited était propriétaire; la preuve a établie que le propriétaire était Westwood Jewellers, ou plus précisément, Nuytten exerçant des affaires sous la raison sociale de Westwood Jewellers. La question est donc de savoir si l'omission du Ministère public de faire la preuve du «Limited» entraîne un acquittement. La Cour d'appel du Manitoba a répondu à cette question par la négative, à bon droit je crois.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge de Grandpré et je suis d'accord avec lui que ces pourvois doivent être rejetés. Je regrette toutefois ne pouvoir partager son opi-

⁴ (1916), 26 C.C.C. 288.

⁵ (1932), 57 C.C.C. 366.

⁶ [1970] 3 C.C.C. 109.

name of an alleged owner is stated in an indictment and ownership in that person is not proven by the Crown, the charge will none the less stand if there is no possibility for the accused to fail to identify the transaction referred to. In my opinion, save in exceptional circumstances as, for example, when theft can be inferred from the suspicious circumstances of the accused's possession, an allegation of ownership is not mere surplusage. There are many authorities which support the proposition that if such an allegation is contained in an indictment and not proven, the charge must be dismissed. See, for example, *R. v. Meloche*⁷, in which Schroeder J.A., at p. 189, said:

It is well settled that on a charge of theft the Crown is required to prove ownership of the thing alleged to have been stolen in some person other than the accused. In a case such as the present, where the Crown names a person in the indictment as owner, it must prove that person's ownership and no other person's: *R. v. Carswell* (1916), 26 C.C.C. 288, 29 D.L.R. 589, 10 Alta. L.R. 76; *R. v. Cassils*, 57 C.C.C. 366, 26 Alta. L.R. 180, [1932] 1 W.W.R. 572; *R. v. Bagshaw* (not yet reported) [since reported [1970] 3 O.R. 3, [1970] 4 C.C.C. 193, 10 C.R.N.S. 245], decided by this Court on February 25, 1970.

Nor can I agree with my brother de Grandpré that this is a case in which the name of the alleged owner is mentioned in the indictment and the Crown has failed to mention that owner in the evidence. It seems to me that the case falls within the narrower compass to which I have referred, namely whether it is fatal to the position of the Crown to allege ownership in X Company Limited and prove ownership in X Company. The question is one of sufficiency of proof, not absence of proof, of, in this case, an essential ingredient of the charge. It should also be observed that we are not here concerned with an attack upon the indictment, the sufficiency of which is conceded by counsel for the appellants.

The first of the authorities to which I would

⁷ [1970] 1 C.C.C. (2d) 187.

nion que si le nom d'un propriétaire allégué est inscrit dans un acte d'accusation et si le Ministère public ne prouve pas que cette personne-là est le propriétaire, l'accusation sera néanmoins maintenue si l'inculpé ne peut se méprendre sur l'identification de l'affaire mentionnée. A mon avis, sauf en des circonstances exceptionnelles comme, par exemple, lorsque le vol peut s'inférer des circonstances équivoques de la possession par l'inculpé, une allégation relative à la propriété n'est pas simplement superflue. Il y a beaucoup de précédents à l'appui de la thèse que si un acte d'accusation contient une allégation quant à la propriété et que la preuve n'en n'est pas faite, l'accusation doit être rejetée. Voir, par exemple, *R. v. Meloche*⁷, où le juge d'appel Schroeder déclarait, à la p. 189:

[TRADUCTION] Il est bien établi que sur une inculpation de vol le Ministère public doit prouver que le propriétaire de l'objet allégué volé est une autre personne que l'inculpé. Dans un cas comme celui-ci, où le Ministère public désigne une personne dans l'acte d'accusation comme propriétaire, il doit prouver que cette personne-là et non une autre est le propriétaire: *R. v. Carswell* (1916), 26 C.C.C. 288, 29 D.L.R. 589, 10 Alta. L.R. 76; *R. v. Cassils*, 57 C.C.C. 366, 26 Alta. L.R. 180, [1932] 1 W.W.R. 572; *R. v. Bagshaw* (pas encore publié) (publié depuis [1970] 3 O.R. 3, [1970] 4 C.C.C. 193, 10 C.R.N.S. 245), décidé par cette Cour le 25 février 1970.

Je ne puis non plus partager l'opinion de mon collègue le juge de Grandpré qu'il s'agit d'un cas où le nom du propriétaire allégué est désigné dans l'acte d'accusation et le Ministère public a omis d'en faire mention dans sa preuve. Il me semble que ce cas se situe à l'intérieur des limites plus étroites que j'ai mentionnées, c'est-à-dire à savoir s'il est fatal pour le Ministère public d'alléguer que le propriétaire est la Compagnie X Limitée et de faire la preuve que le propriétaire est la Compagnie X. Il s'agit d'une question de suffisance de preuve et non pas d'absence de preuve quant à ce qui est en l'espèce un élément essentiel de l'acte d'accusation. On devrait aussi signaler que l'acte d'accusation n'est pas ici mis en cause, les avocats des appelants ayant admis qu'il était suffisant.

Je mentionnerais d'abord l'arrêt *R. v. Shep-*

⁷ [1970] 1 C.C.C. (2d) 187.

refer is *R. v. Sheppard*⁸, decided by the Ontario Court of Appeal, in which the charge was for alteration of a cheque and named W. J. Lintell and Sons, whereas in fact the cheque was that of W. J. Lintell & Sons Ltd. The facts were the converse of the present case. Roach J.A., delivering the judgment of the Court, made this comment, p. 302:

Even under the old common law a person might be described by his or her real name or that by which he or she was usually known.

Here in Toronto if one is heard to speak of "The T. Eaton Company", is any doubt left in the mind of the listener as to what firm is meant? The same applies when people speak of "Simpsons" or "Ryrie-Birks".

In *R. v. Meloche, supra*, the charge was one of theft from Steinberg's Miracle Mart. In dismissing the charge, the Provincial Court judge said there was reasonable doubt in his mind as to whether Steinberg's Miracle Mart had capacity to own anything. The Ontario Court of Appeal allowed the Crown's appeal. Schroeder J.A. said, p. 192:

The Crown having made out a *prima facie* case against the accused by establishing *de facto* possession of the goods in question in a firm known to the public as Steinberg's Miracle Mart, that firm's ownership of the property was never put in issue and the *prima facie* proof stands unassailed. If the issue had been raised, it would then have been incumbent on the Crown to prove the name of the owner of the goods with precision—a task of very little difficulty.

Meloche's case was followed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Francis* (1970), unreported, in which the respondent was charged with theft of eight canvas mail bags containing money the property of Modern Music Co. Ltd., and acquitted by a Provincial Court judge at Sault Ste. Marie. On appeal, Gale C.J.O. for the Court said:

There was evidence to the effect that some canvas bags containing money were stolen from "Modern Music Company" or "Modern Music". However, no witness actually stated that the bags were owned by

⁸ (1949), 95 C.C.C. 298.

*pard*⁸, une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, où l'acte d'accusation portait sur la falsification d'un chèque et nommait W. J. Lintell and Sons, alors qu'effectivement le chèque était celui de W. J. Lintell and Sons Ltd. Les faits représentaient l'inverse de la présente affaire. Le juge d'appel Roach, qui a rendu le jugement de la Cour, a fait ce commentaire, p. 302:

[TRADUCTION] Même sous le régime de l'ancienne *common law*, une personne pouvait être désignée par son nom réel ou par commune renommée.

Ici à Toronto si quelqu'un entend parler de «The T. Eaton Company», y a-t-il quelque doute dans l'esprit de l'auditeur quant à l'identité de la maison? Il en va de même lorsque les gens parlent de «Simpsons» ou de «Ryrie-Birks».

Dans *R. v. Meloche, supra*, il s'agissait d'une accusation de vol chez Steinberg's Miracle Mart. En rejetant l'accusation, le juge de la Cour provinciale a dit qu'il y avait un doute raisonnable à savoir si Steinberg's Miracle Mart était habilitée à posséder quelque chose. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel du Ministère public. Le juge d'appel Schroeder a déclaré, à la p. 192:

[TRADUCTION] Le Ministère public ayant établi *prima facie* la culpabilité de l'inculpé en démontrant qu'il avait été effectivement en possession des marchandises en question dans un établissement connu dans le public sous le nom de Steinberg's Miracle Mart, le titre de propriété de l'établissement n'a jamais été soulevé et la preuve *prima facie* demeure incontestée. Si la question avait été soulevée, il aurait alors incombé au Ministère public de prouver l'identité du propriétaire des marchandises de façon précise—ce qui aurait été très facile.

Après l'affaire *Meloche* la Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'affaire *R. v. Francis* (1970), arrêlé non publié, où l'intimé a été inculpé du vol de huit sacs de dépêches contenant de l'argent, propriété de Modern Music Co. Ltd. et acquitté par un juge de la Cour provinciale à Sault Ste-Marie. En appel, le juge Gale, juge en chef de l'Ontario, a déclaré au nom de la Cour:

[TRADUCTION] La preuve indique que des sacs de toile contenant de l'argent ont été volés à «Modern Music Company» ou à «Modern Music». Cependant, aucun témoin n'a effectivement déclaré que les sacs

⁸ (1949), 95 C.C.C. 298.

“Modern Music Co. Ltd.”, and hence the learned judge decided that the charge should be dismissed. We are all of the view that he was quite wrong in coming to that conclusion, and need only refer to the provisions of s. 498 of the *Criminal Code*, and to a recent judgment of this Court in *R. v. Catherine Anne Meloche* delivered on June 10, 1970, as yet unreported.

In *R. v. Pelletier*⁹, decided by the Appeal Division of the New Brunswick Supreme Court, the charge was one of theft of copper wire from Fraser Companies Limited. Various witnesses referred to the Company as “Fraser Company”, “Fraser”, “Fraser’s” and “Fraser Pulpmill”. The Court held this to be adequate evidence of ownership by Fraser Companies Ltd. There was no necessity to prove the corporate status of the company or that it was in good standing. In *R. v. Emmons*¹⁰, Allen J.A. of the Appellate Division of the Alberta Supreme Court reviewed many of the authorities. In this case the owner of the stolen goods was described in the charge as “Taylor Pearson and Carson Electronics Ltd.” The facts established by the evidence showed there was no such company. The owner of the stolen property was Taylor Pearson & Carson Ltd. which carried on business under three “division” names, including that of Taylor Pearson & Carson Electronics Division. It was argued on the appeal that the true identity and existence of the alleged owner of the stolen property was not established at the trial but the Court dismissed the appeal. Finally, I might refer to *R. v. Schemenaur*¹¹, in which the British Columbia Court of Appeal held there was sufficient identification of Kelly Douglas & Co. Ltd., owner of the stolen property, by references to the Kelly Douglas Company or Kelly Douglas.

One can discern throughout these cases support for the proposition that on a charge of theft the identity of the owner of property alleged to have been stolen is sufficiently established, in instances in which the owner is named in the indictment, when (i) the evidence adduced by the Crown rea-

appartenait à «*Modern Music Co. Ltd.*», et, par conséquent, le savant juge a décidé que l'accusation devrait être rejetée. Nous sommes tous d'avis qu'il a été tout à fait dans l'erreur en concluant ainsi et nous n'avons qu'à nous rapporter aux dispositions de l'art. 498 du *Code criminel* et à un récent jugement de cette cour rendu le 10 juin 1970 dans *R. v. Catherine Anne Meloche*, et pas encore publié.

Dans l'arrêt *R. v. Pelletier*⁹, de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, l'inculpation était pour vol de fil de cuivre à Fraser Companies Limited. Différents témoins ont parlé de la compagnie sous les noms de «*Fraser Company*», «*Fraser*», «*Fraser's*» et «*Fraser Pulpmill*». La Cour a décidé que cela constituait une preuve suffisante de la propriété de Fraser Companies Limited. Il n'a pas été nécessaire de faire la preuve du statut de la compagnie ni de la situation régulière de celui-ci. Dans l'arrêt *R. v. Emmons*¹⁰, le juge d'appel Allen de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a fait l'examen d'un bon nombre de précédents. Dans cette affaire-là, le propriétaire des marchandises volées était décrit dans l'acte d'accusation comme «*Taylor Pearson and Carson Electronics Ltd.*» Selon les faits mis en preuve, cette compagnie n'existait pas. Le propriétaire des objets volés était Taylor Pearson & Carson Ltd. qui exerçait des affaires sous trois divisions de noms différents dont l'une était Taylor Pearson & Carson Electronics Division. Il a été soutenu en appel que l'identité véritable et l'existence du propriétaire allégué de la marchandise volée n'avaient pas été établies au procès mais la Cour a rejeté l'appel. Enfin, je pourrais mentionner l'arrêt *R. v. Schemenaur*¹¹, où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que Kelly Douglas & Co. Ltd., propriétaire du bien volé, était suffisamment identifiée par la mention de Kelly Douglas Company ou de Kelly Douglas.

On peut discerner dans ces divers arrêts un appui à la proposition que, dans une inculpation de vol, l'identité du propriétaire du bien dont on allègue le vol est suffisamment établi, dans les affaires où le propriétaire est désigné dans le chef d'accusation, lorsque (i) la preuve soumise par le

⁹ [1970] 3 C.C.C. 387.

¹⁰ (1970), 13 C.R.N.S. 310.

¹¹ (1968), 65 W.W.R. 425.

⁹ [1970] 3 C.C.C. 387.

¹⁰ (1970), 13 C.R.N.S. 310.

¹¹ (1968), 65 W.W.R. 425.

sonably identifies the owner with the person named in the indictment as owner, and (ii) it is clear that failure to prove the identity of the owner with greater precision has not misled or prejudiced the accused in preparation or presentation of his defence. In my view the evidence in this case reasonably identified the owner of the stolen diamond rings with the person named in the indictment as owner, and the accused were in no way misled or prejudiced in their defence by failure to prove identity with greater precision.

I would accordingly dismiss the appeals.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellants: Schulman & Schulman, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: J. P. Guy, Winnipeg.

Ministère public identifie suffisamment le propriétaire avec la personne désignée dans le chef d'accusation sous ce titre, et (ii) il est évident que le défaut de prouver l'identité du propriétaire avec plus de précision n'a pas induit l'inculpé en erreur ou ne lui a pas causé de préjudice dans la préparation ou la présentation de sa défense. A mon avis, la preuve en l'espèce identifie de façon raisonnable le propriétaire des bagues de diamants volées avec la personne désignée par l'acte d'accusation comme propriétaire, et le défaut de prouver l'identité avec plus de précision n'a d'aucune façon induit les inculpés en erreur ni causé de préjudice à leur défense.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois rejetés.

Procureurs des appelantes: Schulman & Schulman, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: J. P. Guy, Winnipeg.

The Foundation Company of Canada Limited (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Prince Albert Pulp Company Ltd. (*Defendant*) *Respondent*.

1974: November 6; 1974: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Practice—Judgment obtained in mechanics' lien action—Execution stayed by trial judge pending appeal to Court of Appeal—Appeal dismissed—Stay of execution continues pending further appeal to Supreme Court of Canada—New fiat by Court of Appeal not required—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 71(2).

On April 16, 1973, the appellant (Foundation) obtained a judgment in a mechanics' lien action brought against the respondent (Papco) and against Parsons and Whittemore Pulpmills Inc. Pulpmills, under contract with Papco, had, as general contractor, constructed a pulp mill for Papco. Foundation was a subcontractor under contract with Pulpmills.

Pending an appeal to the Court of Appeal for Saskatchewan, Papco and Pulpmills applied to the trial judge for a stay of proceedings under the judgment. A stay of proceedings until the conclusion of the appeal was granted in favour of Papco, but not in favour of Pulpmills. An appeal by Foundation from the order granting the stay was dismissed by the Court of Appeal.

The appeal by Papco and Pulpmills from the judgment at trial was dismissed by the Court of Appeal on April 19, 1974, and these two companies then commenced a further appeal to this Court.

On April 24, 1974, a writ of execution was issued against Papco and Pulpmills. Papco then applied to the Court of Appeal for an order to stay execution against it pending the appeal to this Court and for an order to strike out, as against it, the writ of execution. The writ of execution was set aside by the Court of Appeal. With leave, Foundation then appealed from the judgment setting aside the writ of execution.

The Foundation Company of Canada Limited (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Prince Albert Pulp Company Ltd. (*Défenderesse*) *Intimée*.

1974: le 6 novembre; 1974: le 19 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Pratique—Jugement obtenu à la suite d'une action sur privilège de constructeur—Sursis d'exécution de jugement jusqu'à conclusion de l'appel accordé par le juge de première instance—Appel rejeté—Le sursis d'exécution de jugement demeure jusqu'à l'issue du pourvoi devant la Cour suprême du Canada—Autre fiat de la Cour d'appel non nécessaire—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, s. 71(2).

Le 16 avril 1973, l'appelante (Foundation) a obtenu jugement à la suite d'une action sur privilège de constructeur intentée contre l'intimée (Papco) et contre Parsons and Whittemore Pulpmills Inc. En exécution d'un contrat signé avec Papco, Pulpmills, à titre d'entrepreneur général, lui avait construit une usine de pâte à papier. En vertu d'un contrat signé avec Pulpmills, Foundation était un sous-traitant.

En attendant l'audition de l'appel par la Cour d'appel de la Saskatchewan, Papco et Pulpmills ont demandé au juge de première instance de surseoir à l'exécution du jugement. Un tel sursis jusqu'à conclusion de l'appel fut accordé à Papco mais il fut refusé à Pulpmills. Un appel interjeté par Foundation contre l'ordonnance accordant le sursis fut rejeté par la Cour d'appel.

Le 19 avril 1974, la Cour d'appel a rejeté l'appel du jugement de première instance interjeté par Papco et Pulpmills qui ont alors interjeté un pourvoi devant cette Cour.

Le 24 avril 1974, un bref d'exécution fut délivré contre Papco et Pulpmills. Papco sollicita alors de la Cour d'appel une ordonnance de sursis d'exécution de jugement prononcé contre elle jusqu'à l'issue du pourvoi devant cette Cour et sollicita également une ordonnance prévoyant l'annulation, à son égard, du bref d'exécution. La Cour d'appel annula le bref d'exécution. Sur autorisation, Foundation interjeta alors un pourvoi à l'encontre du jugement qui a annulé le bref d'exécution.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 71(2) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, provides that "Where the court appealed from is a court of appeal, and execution has been already stayed in the case, the stay of execution continues without any new fiat, until the decision of the appeal by the Supreme Court." Accordingly, in the present case, the stay granted by the trial judge continued without any new fiat by the Court of Appeal.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹ setting aside a writ of execution. Appeal dismissed.

A. J. Lenczner and *E. A. Odishaw*, for the plaintiff, appellant.

R. L. Barclay and *M. A. Gerwing*, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—On April 16, 1973, the appellant, hereinafter referred to as "Foundation", obtained a judgment, in the amount of \$1,997,749.61, in a mechanics' lien action brought against the respondent, Prince Albert Pulp Company Ltd., hereinafter referred to as "Papco", and against Parsons and Whittemore Pulpmills Inc., hereinafter referred to as "Pulpmills", this amount including all of the claims of lien claimants listed in the judgment. Pulpmills, under contract with Papco, had, as general contractor, constructed a pulp mill for Papco. Foundation was a subcontractor under contract with Pulpmills.

Papco and Pulpmills appealed from this judgment to the Court of Appeal for Saskatchewan. Pending the appeal, Papco and Pulpmills applied to the trial judge for a stay of proceedings under the judgment. A stay of proceedings until the conclusion of the appeal was granted in favour of Papco, but not in favour of Pulpmills. An appeal by Foundation from the order granting the stay was dismissed by the Court of Appeal for Saskatchewan.

The appeal by Papco and Pulpmills from the judgment at trial was dismissed by the Court of

¹ (1974), 46 D.L.R. (3d) 629.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le paragraphe (2) de l'art. 71 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, prévoit que «Si la cour dont appel est interjeté est une cour d'appel et qu'il ait déjà été sursis à l'exécution dans cette cause, la suspension d'exécution demeure, sans autre fiat, jusqu'à ce que jugement soit rendu dans l'appel par la Cour suprême». En l'espèce, le sursis accordé par le juge de première instance a donc demeuré sans autre fiat de la Cour d'appel.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹ qui a annulé un bref d'exécution. Pourvoi rejeté.

A. J. Lenczner et *E. A. Odishaw*, pour la demanderesse, appelante.

R. L. Barclay et *M. A. Gerwing*, pour la défenderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le 16 avril 1973, l'appelante, ci-après appelée «Foundation», a obtenu jugement pour la somme de \$1,997,749.61 à la suite d'une action sur privilège de constructeur intentée contre l'intimée, Prince Albert Pulp Company Ltd., ci-après appelée «Papco», et aussi contre Parsons and Whittemore Pulpmills Inc., ci-après appelée «Pulpmills», cette somme comprenant toutes les créances privilégiées des créanciers inscrits au jugement. En exécution d'un contrat signé avec Papco, Pulpmills, à titre d'entrepreneur général, lui avait construit une usine de pâte à papier. En vertu d'un contrat signé avec Pulpmills, Foundation était un sous-traitant.

Papco et Pulpmills ont interjeté appel de ce jugement à la Cour d'appel de la Saskatchewan. En attendant l'audition de l'appel, Papco et Pulpmills ont demandé au juge de première instance de surseoir à l'exécution du jugement. Un tel sursis jusqu'à conclusion de l'appel fut accordé à Papco mais il fut refusé à Pulpmills. Un appel interjeté par Foundation contre l'ordonnance accordant le sursis fut rejeté par la Cour d'appel de la Saskatchewan.

Le 19 avril 1974, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel du jugement de première

¹ (1974), 46 D.L.R. (3d) 629.

Appeal for Saskatchewan on April 19, 1974. A notice of appeal by these two companies, dated April 25, 1974, was filed and was served upon the solicitors for Foundation. The required deposit of security for costs in this Court was filed on April 30, 1974, pursuant to s. 66 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

On April 24, 1974, a writ of execution was issued against Papco and Pulpmills. Papco then applied to the Court of Appeal for Saskatchewan for an order to stay execution against it pending the appeal to this Court and for an order to strike out, as against it, the writ of execution. The Court of Appeal set aside the writ of execution and also held that no security was required to be given by Papco pending the appeal to this Court because the case did not fall within any of the security requirements of s. 70 of the *Supreme Court Act*. That section provides as follows:

70. (1) Upon filing and serving the notice of appeal and depositing security as required by section 66, execution shall be stayed in the original cause, except that

(a) where the judgment appealed from directs an assignment or delivery of documents or personal property, the execution of the judgment shall not be stayed until the things directed to be assigned or delivered have been brought into court, or placed in the custody of such officer or receiver as the court appoints, nor until security has been given to the satisfaction of the court appealed from, or of a judge thereof, in such sum as the court or judge directs, that the appellant will obey the order or judgment of the Supreme Court;

(b) where the judgment appealed from directs the execution of a conveyance or any other instrument, the execution of the judgment shall not be stayed until the instrument has been executed and deposited with the proper officer of the court appealed from, to abide the order or judgment of the Supreme Court;

(c) where the judgment appealed from directs the sale or delivery of possession of real property, chattels real or immovables, the execution of the judgment shall not be stayed until security has been entered into to the satisfaction of the court appealed from, or a judge thereof, and in such amount as the last mentioned court or judge directs, that during the posses-

sion instance qui avait été interjeté par Papco et Pulpmills. Un avis d'appel de ces deux compagnies, daté du 25 avril 1974, fut produit et signifié aux procureurs de Foundation. Le 30 avril 1974, on a déposé auprès de cette Cour le cautionnement pour frais requis aux termes de l'art. 66 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19.

Le 24 avril 1974, un bref d'exécution fut délivré contre Papco et Pulpmills. Papco sollicita alors de la Cour d'appel de la Saskatchewan une ordonnance de sursis d'exécution du jugement prononcé contre elle jusqu'à l'issue de l'appel devant cette Cour et sollicita également une ordonnance prévoyant l'annulation, à son égard, du bref d'exécution. La Cour d'appel annula le bref d'exécution et décida également qu'aucun cautionnement n'était requis de Papco jusqu'à l'issue de l'appel devant la présente Cour parce que l'affaire ne tombait sous le coup d'aucune exigence de cautionnement prévue à l'art. 70 de la *Loi sur la Cour suprême*. Cet article prévoit ce qui suit:

70. (1) Dès les production et signification de l'avis d'appel et le dépôt du cautionnement selon les exigences de l'article 66, il est sursis à l'exécution du jugement dans la cause en première instance, sauf que,

a) si le jugement porté en appel prescrit une cession ou livraison de documents ou de biens mobiliers, l'exécution du jugement n'est pas suspendue avant que les choses qu'il est prescrit de céder ou de livrer aient été représentées en Cour, ou placées sous la garde du fonctionnaire ou séquestre nommé par la Cour, ni avant qu'il ait été fourni un cautionnement à la satisfaction de la cour dont appel est interjeté, ou d'un juge de cette cour, au montant que fixe la cour ou le juge, garantissant que l'appelant se conformera à l'ordonnance ou au jugement de la Cour suprême;

b) si le jugement porté en appel prescrit la souscription d'un acte translatif de propriété ou de tout autre acte, l'exécution du jugement n'est pas suspendue avant que l'acte ait été souscrit et déposé entre les mains de l'officier compétent de la cour dont appel est interjeté, en attendant l'ordre ou le jugement de la Cour suprême;

c) si le jugement porté en appel prescrit la vente ou la remise de possession de biens immobiliers, de biens réels ou immeubles, l'exécution du jugement n'est pas suspendue avant qu'il ait été fourni un cautionnement à la satisfaction de la cour dont appel est interjeté ou d'un juge de cette cour au montant que fixe cette dernière cour ou ce juge, garantissant que l'appelant,

sion of the property by the appellant he will not commit, or suffer to be committed, any waste on the property, and that if the judgment is affirmed, he will pay the value of the use and occupation of the property from the time the appeal is brought until delivery of possession thereof, and also, if the judgment is for the sale of property and the payment of a deficiency arising upon the sale, that the appellant will pay the deficiency; and

(d) where the judgment appealed from directs the payment of money, either as a debt or for damages or costs, the execution of the judgment shall not be stayed until the appellant has given security to the satisfaction of the court appealed from, or of a judge thereof, that if the judgment or any part thereof is affirmed, the appellant will pay the amount thereby directed to be paid, or the part thereof as to which the judgment is affirmed, if it is affirmed only as to part, and all damages awarded against the appellant on such appeal.

(2) Where the court appealed from is a court of appeal, and the assignment or conveyance, document, instrument, property or thing as aforesaid, has been deposited in the custody of the proper officer of the court in which the cause originated, the consent of the party desiring to appeal to the Supreme Court, that it shall so remain to abide the judgment of the Supreme Court, is binding on him and shall be deemed a compliance with the requirements in that behalf of this section.

(3) In any case in which execution may be stayed on the giving of security under this section, the security may be given by the same instrument whereby the security prescribed in section 66 is given.

The gist of the judgment of the Court of Appeal is found in the following paragraph from its reasons:

Exceptions (a) and (b) are obviously not here applicable. I consider exception (c) to be inapplicable as the judgment does not direct a sale of land and moreover all the provisions of (c) indicate clearly that it is to be applied to a judgment of a different nature or type to that herein. Exception (d) applies to a judgment which "directs the payment of money, either *as a debt or for damages or costs.*" Limiting my consideration to the judgment roll alone and the whole of it, it cannot be said that it can be classified as a judgment for a debt or for

tant qu'il restera en possession des biens, ne dégradera pas ceux-ci ni ne permettra qu'ils soient dégradés, que, si le jugement est confirmé, il paiera la valeur de l'usage et de l'occupation des biens à compter du jour où l'appel est interjeté jusqu'à remise de leur possession, et que, si le jugement prescrit la vente de biens et le versement de toute insuffisance en résultant, il comblera cette insuffisance; et

d) si le jugement porté en appel prescrit le paiement d'une somme, soit à titre de dette ou pour dommages-intérêts ou frais, l'exécution du jugement n'est pas suspendue avant que l'appellant ait fourni un cautionnement à la satisfaction de la cour dont appel est interjeté ou d'un juge de cette cour, garantissant que si le jugement est totalement ou partiellement confirmé, l'appellant paiera le montant prescrit par le jugement, ou la partie de ce montant pour laquelle le jugement est confirmé s'il ne l'est que partiellement, ainsi que tous les dommages-intérêts adjugés contre lui sur cet appel.

(2) Si la cour dont appel est interjeté est une cour d'appel, et que la cession ou l'acte translatif de propriété, le document, l'acte, les biens ou la chose dont il est fait mention ci-dessus aient été confiés à la garde du fonctionnaire compétent de la cour devant laquelle la cause a pris naissance, le consentement à ce qu'ils demeurent ainsi jusqu'à ce que soit rendu le jugement de la Cour suprême, fourni par la partie désireuse d'en appeler à la Cour suprême, lie cette partie et est censé une observation des exigences, à cet égard, du présent article.

(3) Dans tous les cas où l'exécution peut être suspendue moyennant un cautionnement sous l'autorité du présent article, ce cautionnement peut être donné au moyen de l'acte par lequel le cautionnement prescrit à l'article 66 est fourni.

Le paragraphe suivant relate le motif principal du jugement de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Il est évident que les exceptions prévues aux alinéas (a) et (b) sont inapplicables ici. Je considère également que l'exception prévue à l'alinéa (c) est inapplicable puisque le jugement n'ordonne pas la vente d'un terrain et de plus, toutes les dispositions de l'alinéa (c) indiquent clairement que cet alinéa ne s'applique qu'à un jugement d'un genre ou d'un type différent de celui-ci. L'exception de l'alinéa (d) s'applique à un jugement qui «prescrit le paiement d'une somme, soit à titre de dette ou pour dommages-intérêts ou frais».

damages claimed against the applicant.

From that judgment Foundation, with leave, appealed to this Court.

The Court of Appeal did not find it necessary to consider s. 71(2) of the Act, but in my opinion it is decisive of the matter in issue. Subsections (1) and (2) of s. 71 read as follows:

71. (1) When security has been deposited as required by section 66, any judge of the court appealed from may issue his fiat to the sheriff, to whom any execution on the judgment has issued, to stay the execution, and the execution shall be thereby stayed whether a levy has been made under it or not.

(2) Where the court appealed from is a court of appeal, and execution has been already stayed in the case, the stay of execution continues without any new fiat, until the decision of the appeal by the Supreme Court.

The scheme established by ss. 70 and 71 appears to me to be this. By virtue of s. 70, when notice of appeal has been filed and served and the security required by s. 66 has been deposited, execution in the original cause is stayed, but, in the instances described in paras. (a) to (d) inclusive, there are additional requirements in order to make the statutory stay of execution effective. These paragraphs concern:

- (a) appeal from a judgment which directs an assignment or delivery of documents or personal property;
- (b) appeal from a judgment which directs the execution of a conveyance or other instrument;
- (c) appeal from a judgment which directs the sale or delivery of real property, chattels real or immovables;
- (d) appeal from a judgment which directs the payment of money, either as a debt or for damages or costs.

Section 71(1) empowers a judge of the Court from which an appeal has been taken, if execution

En ne délibérant que sur le dossier complet du jugement pris dans son ensemble, il est impossible de considérer ce jugement comme portant sur une réclamation de dettes ou de dommages-intérêts dirigées contre l'appelant.

De ce jugement Foundation interjeta appel, sur autorisation, à cette Cour.

La Cour d'appel n'a pas jugé nécessaire de considérer le par. (2) de l'art. 71 de la Loi qui, pourtant, m'apparaît comme déterminant dans le présent litige. Voici le texte des par. (1) et (2) de l'art. 71:

71. (1) Dès que le cautionnement a été déposé selon les exigences de l'article 66, un juge de la cour dont le jugement fait l'objet d'un appel peut adresser son *fiat* au shérif, à qui un bref d'exécution du jugement a été émis, lui enjoignant de suspendre l'exécution; et, de ce fait, l'exécution est suspendue, qu'un prélèvement ait eu lieu sous son régime ou non.

(2) Si la cour dont appel est interjeté est une cour d'appel et qu'il ait déjà été sursis à l'exécution dans cette cause, la suspension d'exécution demeure, sans autre *fiat*, jusqu'à ce que jugement soit rendu dans l'appel par la Cour suprême.

L'objet des art. 70 et 71 m'apparaît être le suivant. Aux termes de l'art. 70, lorsqu'un avis d'appel a été produit et signifié et que le cautionnement a été déposé selon les exigences de l'art. 66, l'exécution en la cause originale est suspendue, mais, dans les cas prévus aux par. (a) à (d) inclusivement, il faut se conformer à d'autres exigences pour que le sursis statuaire d'exécution prenne effet. Ces paragraphes prévoient:

- a) l'appel d'un jugement qui prescrit une cession ou livraison de documents ou de biens mobiliers;
- b) l'appel d'un jugement qui prescrit la souscription d'un acte translatif de propriété ou de tout autre acte;
- c) l'appel d'un jugement qui prescrit la vente ou la remise de possession de biens immobiliers, de biens réels ou immeubles;
- d) l'appel d'un jugement qui prescrit le paiement d'une somme, soit à titre de dettes ou pour dommages-intérêts ou frais.

Le paragraphe (1) de l'art. 71 autorise un juge de la cour dont le jugement fait l'objet d'un appel,

has been issued, to issue a fiat to the sheriff to stay the execution.

Section 71(2) provides for the situation in which the appeal is from a Court of Appeal and execution has already been stayed. In such case the stay of execution continues without any new fiat from the Court of Appeal, until the decision of the appeal in this Court.

In the present case the appeal is from a Court of Appeal. Execution was stayed by the trial judge prior to the decision of that Court. That stay meets the requirement of subs. (2) that "execution has been already stayed in the case". The subsection does not require that such stay have been granted by the Court of Appeal. The stay is continued without any new fiat by the Court of Appeal.

Counsel for the appellant contended that the operation of s. 71(2) depends on security having been given where the case falls within the exceptions in s. 70(1). I see no ground upon which to read this qualification into s. 71(2).

In my opinion s. 71(2) was effective to continue the stay granted by the trial judge until the decision of the appeal by this Court.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Balfour, MacLeod, Moss, Laschuk, Kyle, Vancise & Cameron, Regina.

Solicitors for the defendant, respondent: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

si un bref d'exécution a été émis, à adresser un *fiat* au shérif lui enjoignant de suspendre l'exécution.

Le paragraphe (2) de l'art. 71 dispose de la situation où l'appel est interjeté d'une cour d'appel et où il a déjà été sursis à l'exécution. Dans un tel cas, la suspension d'exécution demeure sans autre *fiat* de la cour d'appel, jusqu'à ce que jugement soit rendu dans l'appel par cette Cour.

Dans la présente cause, l'appel est interjeté d'une cour d'appel. L'exécution a été suspendue par le juge de première instance avant la décision de la Cour d'appel. Cette suspension cadre avec l'exigence du par. (2) soit «qu'il ait déjà été sursis à l'exécution dans cette cause». Ce paragraphe n'exige pas qu'une telle suspension ait été accordée par la cour d'appel. La suspension d'exécution demeure, sans autre *fiat* de la cour d'appel.

Le procureur de l'appellant a prétendu que la mise en application du par. (2) de l'art. 71 dépend du dépôt d'un cautionnement lorsque le litige est visé par les exceptions du par. (1) de l'art. 70. Je ne vois aucun motif qui puisse justifier l'assujettissement du par. (2) de l'art. 71 à une telle réserve.

A mon avis, le par. (2) de l'art. 71 justifiait la prolongation de la suspension accordée par le juge de première instance jusqu'à ce que jugement soit rendu dans l'appel par cette Cour.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Balfour, MacLeod, Moss, Laschuk, Kyle, Vancise & Cameron, Regina.

Procureurs de la défenderesse, intimée: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

Robert William Hatchwell *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1974: November 22; 1974: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law—Habitual criminal—Prolonged record of offences against property—No crimes of violence involved—Whether expedient for protection of public to impose sentence of preventive detention—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 688.

The appellant appealed to this Court from a majority judgment of the Court of Appeal for British Columbia dismissing his appeal from a sentence of preventive detention, imposed on May 22, 1973, pursuant to s. 688 of the *Criminal Code*, in lieu of a sentence of two years imposed on May 11, 1971, following conviction on a charge of breaking and entering and theft of automobile keys. The appellant was 44 years of age at the time the habitual criminal proceedings were taken, and since 1948 he had been convicted of 28 criminal offences. These involved crimes against property and did not involve violence. The majority of the convictions related in some manner to automobiles.

In 1968, on his 24th conviction, habitual criminal proceedings were commenced against the appellant. The magistrate found him to be an habitual criminal but did not find that it was expedient for the protection of the public to sentence him to preventive detention. The magistrate dismissed the application. Subsequent to those proceedings, the appellant was convicted of possession of a stolen vehicle and still later of three further automobile-related offences.

Held (Martland and Ritchie JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the case remitted to the Court of Appeal to pass sentence in respect of the substantive offence.

Per Laskin C.J. and Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: Habitual criminal legislation and preventive detention are primarily designed for the persistent dangerous criminal and not for those with a prolonged record of minor offences against property.

Robert William Hatchwell *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1974: le 22 novembre; 1974: le 19 décembre.

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

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

Droit criminel—Repris de justice—Dossier chargé d'infractions contre la propriété—Aucun crime de violence au dossier—Est-il opportun, pour la protection du public, de condamner à la détention préventive?—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 688.

L'appelant a interjeté un pourvoi à cette Cour à l'encontre d'un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté son appel d'une sentence de détention préventive prononcée le 22 mai 1973, en conformité de l'art. 688 du *Code criminel*, au lieu d'une sentence de deux ans qui avait été imposée à l'appelant le 11 mai 1971 à la suite de sa condamnation pour une accusation d'introduction par effraction et de vol de clefs d'automobile. L'appelant était âgé de 44 ans à l'époque où des procédures visant à le faire reconnaître comme repris de justice ont été intentées et depuis 1948, il a été reconnu coupable de 28 infractions criminelles. Ces infractions ont été commises contre la propriété et sans violence. La majorité des condamnations étaient reliées d'une quelconque façon aux automobiles.

En 1968, à sa 24^e condamnation, des procédures visant à faire reconnaître l'appelant comme repris de justice ont été intentées. Il fut reconnu par le magistrat comme repris de justice mais ce dernier n'a pas cru opportun, pour la protection du public, de le condamner à la détention préventive. Le magistrat a donc rejeté la demande. Postérieurement à ces procédures, l'appelant a été déclaré coupable d'avoir en sa possession un véhicule volé, et plus tard encore il a été déclaré coupable de trois autres infractions reliées aux automobiles.

Arrêt (les juges Martland et Ritchie étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli et le dossier renvoyé à la Cour d'appel pour qu'elle inflige la sentence appropriée eu égard à l'infraction principale.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: La législation sur les repris de justice ainsi que la détention préventive visent essentiellement les récidivistes dangereux et non pas ceux qui ont un dossier relativement chargé d'infractions.

The dominant purpose is to protect the public when the past conduct of the criminal demonstrates a propensity for crimes of violence against the person, and there is a real and present danger to life or limb. That is not to say that crimes against property can never be cause for the invocation of preventive detention legislation.

The appellant's irrational, senseless conduct was no doubt of annoyance to everyone, incommoding owners and vexing authorities, but it partook more of the quality of a nuisance than of a menace. The appellant was a bane rather than a danger to society.

Per Martland and Ritchie JJ., *dissenting*: The special feature about this case was the finding, in 1968, that the appellant was an habitual criminal, although, at that time, it was not considered expedient to impose preventive detention. Notwithstanding this warning, the appellant continued to commit crimes, and his conduct was such as could not be dismissed as being merely a nuisance.

This was a case of an incorrigible criminal, whose criminal activities will continue indefinitely if he is not detained. If s. 688 can be applied so as to protect the public from continued crimes against property, and there is nothing in the section which says that it cannot, then, this was clearly a case for its application, as found by the Courts below.

[*Mendick v. The Queen*, [1969] S.C.R. 865, applied; *Bingham v. The Queen*, [1971] S.C.R. 369, distinguished.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing the appellant's appeal from a sentence of preventive detention pursuant to s. 688 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Martland and Ritchie JJ. dissenting.

J. B. Clarke, for the appellant.

W. G. Burke-Robertson, Q.C., for the respondent.

¹ [1974] 1 W.W.R. 307, 14 C.C.C. (2d) 556.

tions mineures contre la propriété. Le but principal est de protéger le public lorsque le comportement antérieur d'un criminel dénote une tendance à commettre des crimes de violence contre la personne et qu'il existe, de ce fait, un danger réel et actuel pour la vie et l'intégrité physique des gens. Cela ne signifie pas cependant qu'on ne peut jamais invoquer la législation concernant la détention préventive pour des crimes contre la propriété.

Ce comportement anormal et déraisonnable de l'appellant est sans doute ennuyeux pour tout le monde, indisposant les propriétaires et contrariant les autorités, mais ce comportement est, de par sa nature, plus nuisible que menaçant. L'appellant était une peste plutôt qu'un danger pour la société.

Les juges Martland et Ritchie, *dissidents*: Le trait distinctif de la présente affaire réside dans le fait qu'en 1968, l'appellant était un repris de justice, même si à cette époque l'on a pas cru opportun de lui infliger une sentence de détention préventive. Malgré cet avertissement, l'appellant a continué à commettre des crimes et son comportement était tel qu'on ne pouvait le qualifier de simplement nuisible.

La présente affaire impliquait un criminel incorrigible dont les activités criminelles se poursuivront indéfiniment s'il n'est pas détenu. Si l'art. 688 peut être appliqué pour protéger le public des crimes répétés contre la propriété et il n'y a rien dans cet article qui puisse l'empêcher, alors il faut précisément l'appliquer en l'espèce, comme l'ont décidé les cours d'instance inférieure.

[Arrêt appliqué: *Mendick c. La Reine*, [1969] R.C.S. 865; distinction faite avec l'arrêt: *Bingham c. La Reine*, [1971] R.C.S. 369.]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant à l'encontre d'une sentence de détention préventive infligée en conformité de l'art. 688 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Martland et Ritchie étant dissidents.

J. B. Clarke, pour l'appellant.

W. G. Burke-Robertson, c.r., pour l'intimée.

¹ [1974] 1 W.W.R. 307, 14 C.C.C. (2d) 556.

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

DICKSON J.—This is an appeal from a majority judgment of the Court of Appeal for British Columbia (Robertson and Bull JJ.A.) dismissing an appeal by Robert William Hatchwell from a sentence of preventive detention imposed by Judge Johnson on May 22, 1973, at the City of Vancouver, pursuant to s. 688 of the *Criminal Code*, in lieu of a sentence of two years imposed by Judge Anderson on May 11, 1971, following conviction of the appellant on a charge of breaking and entering and theft of automobile keys. McFarlane J.A., dissenting, would have allowed the appeal and, exercising the power conferred on the Court by *Code* s. 695(3), quashed the sentence of preventive detention and imposed a sentence of six years' imprisonment consecutive in lieu of the two-year sentence.

From the admissions of facts it appears the appellant was 44 years of age at the time the habitual criminal proceedings were taken, and since 1948 he has been convicted of 28 criminal offences, of which 22 were related in some manner to automobiles, such as theft of a motor vehicle, possession of a stolen motor vehicle, breaking and entering to steal automobile keys and driving offences. The five non-automobile-related offences are: escaping lawful custody (May 1949); dealing with a forged cheque in the amount of \$176.01 (April 1960); theft of a skill saw (December 1965); possession of a stolen electric razor and stamps (December 1965); possession of house-breaking instruments, to wit, a flashlight, pair of gloves and screwdriver (November 1967).

In 1968, on his 24th conviction, habitual criminal proceedings were commenced against the appellant. On June 11, 1968, Magistrate Isman found him to be an habitual criminal but did not

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Le présent pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges d'appel Robertson et Bull) rejetant un appel de Robert William Hatchwell d'une sentence de détention préventive imposée par le juge Johnson le 22 mai 1973 en la ville de Vancouver, en conformité de l'art. 688 du *Code criminel*, au lieu d'une sentence de deux ans qui avait été imposée à l'appellant le 11 mai 1971 par le juge Anderson à la suite de sa condamnation pour une accusation d'introduction par effraction et de vol de clefs d'automobile. Le juge d'appel McFarlane, dissident, aurait accueilli l'appel et, exerçant les pouvoirs qu'accorde le par. (3) de l'art. 695 à la Cour d'appel, il aurait cassé la sentence de détention préventive et imposé une sentence de six années consécutives d'emprisonnement au lieu de la sentence de deux ans.

Il appert de la déclaration des faits que l'appellant était âgé de 44 ans à l'époque où des procédures visant à le faire reconnaître comme repris de justice ont été intentées, et qu'il a été reconnu coupable, depuis 1948, de 28 infractions criminelles, desquelles 22 étaient reliées d'une quelconque façon aux automobiles, telles que le vol d'un véhicule automobile, la possession d'un véhicule automobile volé, l'introduction par effraction pour voler des clefs d'automobile et des infractions se rapportant à la conduite automobile. Les cinq infractions qui ne sont pas reliées à l'automobile sont: évasion d'une garde légale (mai 1949); avoir négocié un chèque contrefait d'un montant de \$176.01 (avril 1960); vol d'une scie à découper (décembre 1965); avoir en sa possession un rasoir électrique volé de même que des timbres volés (décembre 1965); avoir en sa possession des instruments d'effraction, à savoir une lampe de poche, une paire de gants et un tournevis (novembre 1967).

En 1968, à sa 24^e condamnation, des procédures visant à faire reconnaître l'appellant comme repris de justice ont été intentées. Le 11 juin 1968, il fut reconnu repris de justice par le magistrat Isman

find that it was expedient for the protection of the public to sentence him to preventive detention. The magistrate dismissed the application. Subsequent to those proceedings, the appellant was convicted in July 1969 of possession of a stolen vehicle and in early 1971 of three further offences committed during "a single spree" while on a three-day work pass from custody, namely, possession of a stolen vehicle; break, enter and theft of automobile keys (the substantive offence giving rise to the habitual criminal proceedings commenced on July 15, 1971); driving a motor vehicle with more than 80 mgs. per 100 mls. of alcohol in his blood.

Section 688 of the *Code* has two arms. Where an accused has been convicted of an indictable offence, the Court may, upon application, impose a sentence of preventive detention in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which he was convicted, if (a) the accused is found to be an habitual criminal and (b) the Court is of the opinion that because the accused is an habitual criminal, it is expedient for the protection of the public to sentence him to preventive detention. There can be no doubt the appellant satisfies the habitual criminal criteria (s. 688(2)(a)) in that he, since the age of 18 years, on at least three separate and independent occasions has been convicted of an indictable offence for which he was liable to imprisonment for five years or more and he is leading persistently a criminal life. That leaves, therefore, for determination only the question whether the Crown has established, beyond a reasonable doubt, that because the appellant is an habitual criminal it is expedient for the protection of the public to sentence him to preventive detention.

The broad test to be applied in these cases is that framed by Cartwright C.J.C., speaking for the majority of the Court, in *Mendick v. The Queen*², at p. 872:

² [1969] S.C.R. 865.

mais ce dernier n'a pas cru opportun, pour la protection du public, de le condamner à la détention préventive. Le magistrat a donc rejeté la demande. Postérieurement à ces procédures, l'appelant a été déclaré coupable, en juillet 1969, d'avoir en sa possession un véhicule volé et, au début de 1971, il a été déclaré coupable de trois autres infractions commises lorsqu'il «fit la fête» après avoir obtenu un laissez-passer de trois jours pour travailler, et notamment d'avoir en sa possession un véhicule volé, d'introduction par effraction et de vol de clefs d'automobile (la principale infraction en vertu de laquelle furent intentées, le 15 juillet 1971, des procédures de repris de justice), d'avoir conduit un véhicule automobile alors que la proportion d'alcool dans son sang dépassait 80 mg par 100 ml.

L'article 688 du *Code* prévoit deux possibilités. Lorsqu'un accusé a été déclaré coupable d'un acte criminel, la Cour peut, sur demande, imposer une sentence de détention préventive au lieu de toute autre sentence qui pourrait être infligée pour l'infraction dont il a été déclaré coupable, a) si l'accusé est reconnu repris de justice, et b) si la cour estime que, l'accusé étant repris de justice, il est opportun pour la protection du public de le condamner à la détention préventive. Il n'y a aucun doute que l'appelant correspond aux critères établis (al. a) du par. (2) de l'art. 688) d'un repris de justice, en ce que, depuis l'âge de 18 ans, il a antérieurement, dans au moins trois occasions distinctes et indépendantes, été déclaré coupable d'un acte criminel pour lequel il était passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus et qu'il mène continuellement une vie criminelle. Ainsi, il ne reste plus qu'à décider la question suivante, à savoir si la Couronne a établi, au-delà du doute raisonnable, qu'il est opportun pour la protection du public de condamner l'appelant à la détention préventive puisqu'il est reconnu repris de justice.

Il convient d'appliquer dans de telles causes le critère général énoncé par le juge en chef Cartwright, alors qu'il parlait au nom de la majorité de la Cour, dans l'arrêt *Mendick c. La Reine*², à la p. 872:

² [1969] R.C.S. 865.

On the whole, I am of opinion that, although it is impossible to say that the appellant is merely a nuisance, he does not constitute so grave a menace that the protection of the public requires that he be deprived of his liberty for the remainder of his life, subject only to the provisions of s. 666 of the *Criminal Code* and the *Parole Act*.

and adopted in somewhat different phraseology by Martland J., speaking for the Court, in *Bingham v. The Queen*³, at p. 373:

“The object of this section is to protect the public from people who have shown by their history that they are a menace, not just a nuisance to society, and when this situation is clear, the question is not one of punishment since that has proven to be a futile exercise, but rather it is a matter of putting them away, so to speak, for the protection of the public. In my opinion it is important that the public be protected from criminals, not only from crimes involving violence against the person, but as well from crimes against property, which are in themselves very serious.”

Is Hatchwell a menace to society or just a nuisance? Should he be confined to prison for the rest of his life, subject only to annual review of his case by the Parole Board and release from custody only in the absolute discretion of that Board? These are not easy matters of decision for one must balance the legitimate right of society to be protected from criminal depredations and the right of the man to freedom after serving the sentence imposed on him for the substantive offence which he committed. Habitual criminal legislation and preventive detention are primarily designed for the persistent dangerous criminal and not for those with a prolonged record of minor offences against property. The dominant purpose is to protect the public when the past conduct of the criminal demonstrates a propensity for crimes of violence against the person, and there is a real and present danger to life or limb. In those cases the way is clear and the word “menace” seems particularly apt and significant. That is not to say that crimes against property can never be cause for the invocation of preventive detention legislation, for the legislation contains no such exclusion and society is undoubtedly entitled to reasonable protection against crimes involving

³ [1971] S.C.R. 369.

[TRADUCTION] ... Somme toute, je suis d'avis que, même s'il nous est impossible d'affirmer que l'appelant ne fait simplement que nuire à la société, il ne constitue pas une menace dont la gravité est telle, que la protection du public exige qu'il soit privé de sa liberté jusqu'à sa mort, sous la seule réserve des dispositions de l'art. 666 du *Code criminel* et de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*.

et repris par le juge Martland, en des termes quelque peu différents, alors qu'il s'exprimait au nom de la Cour dans l'affaire *Bingham c. La Reine*³, à la p. 373:

[TRADUCTION] «Cet article a pour but de protéger le public contre ceux qui, de par leurs antécédents ont démontré que non seulement ils nuisent à la société, mais sont pour elle une menace; or lorsque ce fait est établi, il ne s'agit pas de les punir, puisque cela s'est avéré inutile, mais plutôt de les mettre à l'écart, pour ainsi dire, afin de protéger le public. A mon avis, il importe que le public soit protégé contre les criminels, qu'il s'agisse d'infractions où l'on fait violence à quelqu'un, ou d'infractions contre la propriété, qui sont en elles-mêmes très graves.»

Hatchwell est-il une menace pour la société ou nuit-il simplement à cette dernière? Doit-on l'emprisonner à perpétuité, sous la seule réserve de l'examen annuel de son cas par la Commission de libérations conditionnelles et de sa mise en liberté à la discrétion absolue de cette Commission? Ces décisions sont difficiles à prendre car il faut peser d'un côté le droit légitime de la société à se protéger des déprédations criminelles et de l'autre côté le droit à la liberté de l'individu qui a purgé la sentence qui lui avait été infligée pour l'infraction principale. La législation sur les repris de justice ainsi que la détention préventive visent essentiellement les récidivistes dangereux et non pas ceux qui ont un dossier relativement chargé d'infractions mineures contre la propriété. Le but principal est de protéger le public lorsque le comportement antérieur d'un criminel dénote une tendance à commettre des crimes de violence contre la personne et qu'il existe, de ce fait, un danger réel et actuel pour la vie et l'intégrité physique des gens. Dans de tels cas, la voie est libre et le terme «menace» semble particulièrement approprié et significatif. Cela ne signifie pas cependant qu'on ne peut jamais invoquer la législation concernant

³ [1971] R.C.S. 369.

loss of or damage to property. It would seem to me, however, that when one is dealing with crime of this type, seeking to distinguish between that which is menace and that which is nuisance, there is greater opportunity and indeed necessity to assess carefully the true nature and gravity of the potential threat. For it is manifest that some crimes affecting property are very serious and others are not.

There are no crimes of violence in the record of the appellant. This is not conclusive but it is important. There is no evidence of association with known criminals during periods of freedom from custody. During these sometimes brief periods, the appellant has been gainfully employed. One former employer spoke in laudatory terms of his ability and attitude as a worker and expressed willingness to re-employ him at any time. The appellant is emotionally unstable and immature. The great majority of crimes committed by him appear to proceed from an uncontrolled aberration or fixation about cars. They are not motivated by gain nor by any destructive urge, for in every case, according to the evidence, the property taken was recovered undamaged. The appellant simply drives the stolen vehicles, until such time as he is apprehended. Of late he has shown a preference for large tractor-trailer units. This sort of irrational, senseless conduct is no doubt of annoyance to everyone, incommoding owners and vexing authorities, but it would seem to me that it partakes more of the quality of a nuisance than of a menace. Hatchwell is a bane rather than a danger to society.

Other cases afford little assistance in making what is essentially a factual decision, but with that reservation, I would be of the view that this case is more that of *Mendick* in which the sentence of preventive detention was set aside than of *Bingham* in which the sentence of preventive detention was upheld. In *Mendick*, 47 convictions were set

le détention préventive pour des crimes contre la propriété, car cette législation ne prévoit aucune exclusion semblable et la société est en droit de recevoir une protection raisonnable contre les crimes impliquant perte ou dommages matériels. Il me semble cependant qu'en présence d'un crime de ce genre et en cherchant à distinguer entre ce qui est menaçant et ce qui est nuisible, il importe, et l'occasion y est propice, de déterminer soigneusement la véritable nature et la gravité de cette menace possible. Car il est manifeste que certains crimes touchant la propriété sont très graves tandis que d'autres ne le sont pas.

Aucun crime de violence n'apparaît au dossier de l'appelant. Sans être concluant, ce fait est important. Il n'y a aucune preuve d'association avec des criminels notoires durant les périodes de mise en liberté. Durant ces périodes parfois brèves, l'appelant occupait un emploi rémunérateur. Un de ses anciens employeurs a fait l'éloge de sa compétence et de son comportement comme ouvrier et s'est déclaré prêt à le réembaucher en tout temps. L'appelant est immature et il souffre d'instabilité émotive. La grande majorité des crimes qu'il a commis semble découler d'une aberration ou d'une fixation irrésistible pour les automobiles. Ces crimes ne sont motivés ni par l'appât du gain ni par une impulsion destructrice car la preuve démontre que dans chaque cas les biens volés ont été retrouvés en bon état. L'appelant conduit tout simplement les véhicules volés jusqu'à ce qu'il soit appréhendé. Depuis quelque temps, il affectionne particulièrement les gros camions-remorques. Ce genre de comportement anormal et déraisonnable est sans doute ennuyeux pour tout le monde, indisposant les propriétaires et contrariant les autorités, mais il me semble qu'un tel comportement est, de par sa nature, plus nuisible que menaçant. Hatchwell est une peste plutôt qu'un danger pour la société.

Les autres causes nous sont fort peu utiles quand la décision à prendre repose essentiellement sur des faits, mais compte tenu de cette réserve, je suis d'avis que la présente cause se rapproche davantage de l'affaire *Mendick*, où la sentence de détention préventive fut écartée, que de l'affaire *Bingham* où la sentence de détention préventive

out in the notice of application, of which 27 related to the unlawful possession and use of gasoline credit cards. Of the remaining offences, eight related to the theft or unlawful possession and use of automobiles. In 1957 Mendick was convicted of armed robbery, in 1965 he was convicted of theft of money and there were other offences. Upon this record, which would seem to have been at least as formidable as that of the present appellant, an appeal to this Court against a sentence of preventive detention was successful.

I would allow the appeal, set aside the sentence of preventive detention and remit the case to the Court of Appeal to pass sentence in respect of the substantive offence, after receiving any submissions as to sentence by or on behalf of the appellant.

The judgment of Martland and Ritchie JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—This appeal is from the judgment of the Court of Appeal for British Columbia which, by a majority, confirmed the judgment at trial imposing sentence of preventive detention on the appellant. In my opinion, the facts of this case do not justify this Court in disturbing the conclusion reached by the trial judge and confirmed by the Court of Appeal that, the appellant being an habitual criminal, it was expedient for the protection of the public to sentence him to preventive detention.

The appellant has, since 1948, been convicted of 28 criminal offences. These involved crimes against property and did not involve violence. On the other hand, the majority of these crimes did not involve petty thefts. A number of the convictions were in relation to thefts of automobiles, which were not limited only to passenger vehicles, but included thefts of trucks.

In 1968, upon his 24th conviction, proceedings were taken for preventive detention. At that time, on June 11, the magistrate found that the appellant was an habitual criminal, but did not go on to

fut maintenue. Dans l'affaire *Mendick*, l'avis de la demande faisait état de 47 condamnations dont 27 se rapportaient à la possession illicite et à l'usage de cartes de crédit pour essence. Parmi les autres infractions, huit se rapportaient au vol ou à la possession illicite et à l'usage d'automobiles. En 1957, Mendick a été condamné pour vol qualifié; en 1965, il a été condamné pour vol d'argent et il y a eu d'autres infractions. D'après ce dossier, qui me semble, du moins, aussi chargé que celui du présent appelant, un pourvoi interjeté à cette Cour contre une sentence de détention préventive a été accueilli.

Ainsi, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier la sentence de détention préventive et de renvoyer la cause devant la Cour d'appel qui infligera la sentence appropriée eu égard à l'infraction principale, après avoir entendu tout plaidoyer quant à la sentence présenté par l'appelant ou en son nom.

Le jugement des juges Martland et Ritchie a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Le présent appel est interjeté contre un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique confirmant le jugement de première instance qui avait infligé à l'appelant une sentence de détention préventive. Je suis d'avis que les faits de la présente affaire ne permettent pas à cette Cour de modifier la conclusion à laquelle était arrivée le juge du procès et qui a été confirmée par la Cour d'appel, à savoir que l'appelant étant repris de justice, il était opportun pour la protection du public de le condamner à la détention préventive.

Depuis 1948, l'appelant a été reconnu coupable de 28 infractions criminelles qui sont des crimes contre la propriété commis sans violence. Cependant, la majorité de ces crimes ne peuvent être considérés comme des larcins. Un certain nombre de ces condamnations étaient reliées aux vols d'automobiles, non seulement des voitures de tourisme mais également des camions.

En 1968, à sa 24^e condamnation, des procédures de détention préventive ont été intentées. Au même moment, le 11 juin, l'appelant a été reconnu repris de justice par le magistrat, mais ce dernier n'a pas

find that it was expedient for the protection of the public to sentence him to preventive detention. The reason for this decision is suggested by Robertson J.A., who delivered the reasons of the majority in the Court of Appeal, as follows:

His record over some four and a half years from 1955 to 1960, during which he was married and lived with his wife, was clear, and during that time he was gainfully employed; he was also gainfully employed during a number of his short periods of freedom from gaol. The only substantial one of those periods was one of a year and a half following his release from the penitentiary in May 1964. In the 1968 proceedings he was found to be an habitual criminal, but the magistrate was not of the opinion that it was expedient to sentence him to preventive detention and did not do so. No doubt the magistrate was impressed by the absence of convictions during the four-and-a-half year and one-and-a-half year periods mentioned and by the work record that I have mentioned, and hoped that the shock of being found to be an habitual criminal would bring the appellant up short and deter him from further crime.

Robertson J.A. then goes on to add this:

Unfortunately that hope was not realized. While the appellant was on parole from the December 1967 conviction, less than a year after being found to be an habitual criminal, he had in his possession a stolen tractor; and he was convicted of this offence in July 1969. In April 1971 the appellant was out on a three-day pass from the Agassiz Correctional Work Camp and he used the opportunity to commit three more offences, of which he was convicted: he broke and entered the premises of a milling company and stole some automobile keys and money, he was in possession of a truck belonging to and stolen from the milling company, and he drove the truck while he had a blood alcohol reading in excess of .08.

After citing the cases of *Mendick v. The Queen*⁴, and *Bingham v. The Queen*⁵, Robertson J.A. gives reasons for concluding that preventive detention should be imposed:

⁴ [1969] S.C.R. 865.

⁵ [1971] S.C.R. 369.

conclu qu'il était opportun pour la protection du public de le condamner à la détention préventive. Le motif de cette décision est énoncé comme suit par le juge d'appel Robertson, qui a prononcé les motifs de la décision majoritaire de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Son dossier pour la période d'environ quatre ans et demi de 1955 à 1960, pendant laquelle il était marié et vivait auprès de son épouse, est immaculé et il occupait à cette époque un emploi rémunéré; il a également occupé un emploi rémunéré pendant quelques brèves périodes de liberté. De ces périodes, une seule fut assez longue, soit la période d'un an et demi qui suivit sa libération du pénitencier en mai 1964. Par voie des procédures intentées en 1968, il a été reconnu repris de justice, mais le magistrat n'a pas conclu qu'il était opportun de le condamner à la détention préventive et il ne l'a pas fait. Nul doute que le magistrat a été impressionné par l'absence de condamnations pendant les périodes de quatre ans et demi et d'un an et demi mentionnées et par le bilan de travail dont j'ai fait état précédemment, et il a formulé le souhait que le choc d'avoir été reconnu repris de justice aurait pour effet d'assagir l'appellant et de le dissuader de commettre d'autres crimes.

Et le juge d'appel Robertson poursuit en ajoutant ceci:

[TRADUCTION] Malheureusement, ce souhait ne s'est pas réalisé. Alors que l'appellant était en libération conditionnelle relativement à une condamnation datant du mois de décembre 1967, soit moins d'un an après avoir été reconnu repris de justice, il avait en sa possession un tracteur volé; il a été condamné pour cette infraction au mois de juillet 1969. En avril 1971, l'appellant a obtenu un laissez-passer de trois jours de la maison de détention Agassiz et il a profité de cette liberté provisoire pour commettre trois autres infractions, pour lesquelles il a été condamné. Il s'était introduit par effraction dans la propriété d'une meunerie et y avait volé des clefs d'automobile et de l'argent; il fut trouvé en possession d'un camion volé à la meunerie, et il l'avait conduit alors que la proportion d'alcool dans son sang dépassait .08.

Après avoir cité les affaires *Mendick c. La Reine*⁴, et *Bingham c. La Reine*⁵, le juge d'appel Robertson expose les motifs qui l'ont amené à imposer une sentence de détention préventive.

⁴ [1969] R.C.S. 865.

⁵ [1971] R.C.S. 369.

Guided by these principles, the question that I must put to myself in the circumstances of this case is whether the appellant constitutes so grave a menace to the property of the public as to require that he be "put away" under s. 688. My answer must be that he does, for it is clear on the evidence that the appellant has an uncontrollable urge to commit crimes which, among other things, involve the deprivation of others of valuable property, often of a vulnerable nature. Further, while he has so far committed no crimes involving violence against the persons of others, the types of crimes he has committed often do result in violence or injury to the persons of others. The appellant's history makes it all too clear that he cannot be at liberty for any substantial time without committing another crime; his capability to work gainfully is exercised only until his compulsion to revert to crime asserts itself.

In 1968, the medical testimony held but little hope, and what has transpired since has confirmed that prognosis. He is far from being merely a nuisance. A personable thief, with periods of gainful work, who unerringly and surely reverts to crime against property is, in my view, a grave menace to the public and one from whom the public is entitled to protection. Years in gaol have failed to stop his depredations when free, and I consider he should be put away permanently, subject only to release into society under parole procedures and safeguards.

I have little difficulty in concluding beyond a reasonable doubt that it was expedient for the protection of the public that this habitual criminal be subjected to preventive detention. On the facts of this case, in my opinion, the learned provincial court judge was warranted in having that opinion and imposing that sentence.

What I shall next mention has weighed heavily with me in reaching that conclusion. On the hearing in the current proceedings in May 1973 the appellant had read in the evidence given on the hearing in 1968 by a psychiatrist (whose evidence was not too helpful to the appellant and held out no particular hope for a change in conduct) and by a Mr. Dickey, his friend and employer. The appellant called no evidence and did not himself give evidence and there is no record of any work since 1968. All we know is that the appellant was released on parole about a year after the 1968 hearing and within three months was convicted of the possession of stolen property and sentenced to a consecutive term of two years; and that then, when released on a three-day pass

[TRADUCTION] A la lumière de ces principes, je dois me demander en l'espèce si l'appelant constitue pour la propriété du public une menace dont la gravité est telle qu'il devient nécessaire de l'incarcérer comme l'autorise l'art. 688. Je réponds à cette question par l'affirmative, car il appert de la preuve que c'est sous l'influence d'une impulsion irrésistible que l'appelant commet des crimes qui signifient pour autrui, entre autres choses, la privation d'objets de valeur qui sont souvent susceptibles d'être endommagés. De plus, même s'il n'a, jusqu'à ce jour, commis aucun crime de violence contre autrui, les genres de crimes qu'il a commis résultent souvent en violence ou blessures pour autrui. Les antécédents de l'appelant nous démontrent clairement qu'il ne peut être laissé en liberté le moins longtemps sans qu'il ne commette un autre crime; il ne peut accomplir un travail rémunéré que jusqu'à ce que se manifeste son envie à mener de nouveau une vie criminelle.

En 1968, le témoignage d'experts médicaux ne laissait que peu d'espoir et les événements subséquents ont confirmé ce pronostic. L'appelant est beaucoup plus qu'une simple nuisance. Un gentilhomme cambrioleur qui accomplit un travail rémunéré à certaines périodes et qui recommence infailliblement à commettre des crimes contre la propriété, représente, à mon avis, une menace sérieuse pour le public qui est en droit de se voir protéger contre une telle menace. Ses années de prison ne l'ont pas dissuadé de commettre des déprédations une fois libéré, et j'estime qu'il doit être incarcéré en permanence, sous la seule réserve d'un retour au sein de la société suivant la procédure et les garanties de la libération conditionnelle.

Je n'ai aucune difficulté à conclure au-delà du doute raisonnable qu'il était opportun pour la protection du public de condamner ce repris de justice à la détention préventive. À la lumière de ces faits, je suis d'avis que le savant juge de la cour provinciale avait raison d'imposer cette sentence.

Les faits suivants m'ont grandement influencé dans l'élaboration de cette conclusion. Au cours de l'audition de cette cause au mois de mai 1973, l'appelant avait fait lecture du témoignage déposé par un psychiatre lors de l'audition tenue en 1968 (ce témoignage était peu favorable à l'appelant et ne laissait que peu d'espoir d'un changement de comportement) et du témoignage de M. Dickey, son ami et employeur. L'appelant n'a apporté aucune preuve et n'a pas témoigné lui-même et rien n'indique qu'il a travaillé depuis 1968. Tout ce que nous savons c'est que l'appelant a été libéré sous libération conditionnelle environ un an après l'audition de 1968 et qu'après moins de trois mois, il a été déclaré coupable de possession d'un objet volé et condamné à deux années

less than two years later, he committed the several offences that I have already described.

I agree with Robertson J.A. that the special feature about the present case is the finding, in 1968, that the appellant was an habitual criminal, although, at that time, it was not considered expedient to impose preventive detention. Notwithstanding this warning, the appellant continued to commit crimes, thereby showing that the opinion of Dr. Lipinski, given at the 1968 hearing, that it was unlikely that the appellant's criminal pattern would change, was correct. One of the crimes committed after that hearing was breaking and entering to obtain the keys of a three-ton Ford van which he then operated in New Westminster while he had a blood alcohol reading well in excess of .08. In my opinion, conduct such as this cannot be dismissed as being merely a nuisance.

In the present case we have an incorrigible criminal, whose criminal activities will continue indefinitely if he is not detained. If s. 688 can be applied so as to protect the public from continued crimes against property, and I find nothing in the section which says that it cannot, then, in my opinion, this is clearly a case for its application, as found by the Courts below. I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, MARTLAND and RITCHIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Deverell, Harrop & Co., Vancouver.

Solicitor for the respondent: J. B. Clarke, Victoria.

consécutives d'emprisonnement; et que par la suite, moins de deux ans après, ayant obtenu un laissez-passer de trois jours, il commettait les diverses infractions que j'ai décrites précédemment.

Je suis d'avis, à l'instar du juge d'appel Robertson, que le trait distinctif de la présente affaire réside dans le fait qu'en 1968, l'appelant était un repris de justice, même si à cette époque l'on n'a pas cru opportun de lui infliger une sentence de détention préventive. Malgré cet avertissement, l'appelant a continué à commettre des crimes, démontrant ainsi la justesse de l'opinion émise par le Dr Lipinski, lors de l'audition de 1968, qu'il existait peu de chance de changement quant aux habitudes criminelles de l'appelant. Un des crimes commis après cette audition a été l'introduction par effraction dans le but de se procurer les clefs d'un camion-remorque Ford de trois tonnes qu'il a ensuite conduit dans la ville de New Westminster alors que la proportion d'alcool dans son sang dépassait .08. A mon avis, on ne peut qualifier ce comportement de simplement nuisible.

Dans la présente affaire, nous sommes aux prises avec un criminel incorrigible dont les activités criminelles se poursuivront indéfiniment s'il n'est pas détenu. Si l'art. 688 peut être appliqué pour protéger le public des crimes répétés contre la propriété, et je ne vois rien dans cet article qui puisse l'empêcher, alors, je suis d'avis qu'il faut précisément l'appliquer en l'espèce, comme l'ont décidé les cours d'instance inférieure. Je rejetterais l'appel.

Pourvoi accueilli, les JUGES MARTLAND et RITCHIE étant dissidents.

Procureurs de l'appellant: Deverell, Harrop & Co., Vancouver.

Procureur de l'intimée: J. B. Clarke, Victoria.

CCH Canadian Limited (*Defendant and Plaintiff by Counterclaim*) *Appellant*;

and

Mollenhauer Contracting Company Limited and United Ceramics Limited (*Defendants by Counterclaim*)

and

United Ceramics Limited (*Third Party Respondents*).

1974: November 20, 21; 1974: December 19.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie and Spence JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts—Building contracts—Liability of contractor for materials specified in contract—Materials unsuitable or defective—Liability of supplier in absence of contractual relationship with owner.

Mollenhauer contracted to build and built an office building for the appellant, CCH. The contract specified the kind and quantity of building brick and this had been furnished by United in accordance with the contract specifications and under the supervision of CCH's architect. The brick proved to be unsuitable and United (and its successor) made zealous efforts to replace it and make good any defects. At trial the claim of Mollenhauer for the balance due under the contract was allowed against CCH and the counterclaims against Mollenhauer (for failure to install suitable brick) and against United (for supplying defective brick) were dismissed. The Court of Appeal affirmed the judgment at trial.

Held: The appeal should be dismissed.

As the brick had been furnished in accordance with specifications and under the supervision of CCH's architect and the owner, CCH, did not rely on the skill and judgment of the builder, the builder was not liable for defects in or unsuitability of the brick. The claim against United failed for reason of lack of consideration capable of supporting a contract between CCH and United.

Steel Co. of Canada Ltd. v. Willand Management Ltd., [1966] S.C.R. 746, distinguished.

CCH Canadian Limited (*Défenderesse et demanderesse reconventionnelle*) *Appelante*;

et

Mollenhauer Contracting Company Limited et United Ceramics Limited (*Défenderesses reconventionnelles*)

et

United Ceramics Limited (*Tierce partie Intimées*).

1974: les 20 et 21 novembre; 1974: le 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie et Spence.

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

Contrats—Contrats de construction—Responsabilité de l'entrepreneur relativement aux matériaux décrits au contrat—Matériaux impropres ou défectueux—Responsabilité du fournisseur en l'absence de liens contractuels avec le propriétaire.

Mollenhauer s'est engagée par contrat à construire un immeuble pour l'appelante CCH, et elle l'a effectivement construit. Le contrat décrivait la qualité et la quantité de la brique à utiliser, et elle a été fournie par United conformément au devis et sous la surveillance de l'architecte de CCH. La brique s'est révélée impropre et United (et son successeur) s'est efforcée avec empressement de la remplacer et de corriger les défauts. En première instance, la demande de Mollenhauer en recouvrement du solde dû en vertu du contrat a été accueillie contre CCH et la demande reconventionnelle contre Mollenhauer (pour l'omission d'installer de la brique conforme) et contre United (pour avoir fourni de la brique défectueuse) a été rejetée. La Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Puisque la brique avait été fournie conformément au devis et sous la surveillance de l'architecte de CCH, et puisque la propriétaire, CCH, ne s'était pas fiée à la compétence et au jugement de l'entrepreneur, ce dernier n'était pas responsable des déficiences ou de l'impropriété de la brique. La demande contre United a été rejetée car il est impossible de discerner aucune considération pouvant justifier l'existence d'un contrat entre CCH et United.

Distinction faite avec l'arrêt: *Steel Co. of Canada Ltd. c. Willand Management Ltd.*, [1966] R.C.S. 746.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of Osler J., at trial, dismissing counterclaims on an action on a building contract. Appeal dismissed.

W. B. Williston, Q.C., and *Allan Rock*, for the appellant.

Frederick E. Leitch, and *A. J. Fuller*, for the respondent.

Douglas K. Laidlaw, Q.C., and *Colin L. Campbell*, for the third party, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario affirming the judgment rendered by Osler J. at trial whereby he allowed the claim of Mollenhauer Contracting Company Limited (hereinafter referred to as “Mollenhauer”) against CCH Canadian Limited, (hereinafter referred to as “CCH”) for the balance owing to it under a contract entered into in May, 1967, for the construction of an addition to the CCH plant and office building.

Mr. Justice Osler dismissed the counterclaim of CCH against Mollenhauer for its alleged failure to supply and install suitable brick under the terms of a contract dated May 31, 1961, for the construction of the main CCH building and he also dismissed the CCH counterclaim against United Ceramics Limited, the supplier of the allegedly defective brick.

This action was commenced by Mollenhauer to recover \$30,857.17 in respect of the construction of the addition to the CCH building in 1967 and 1968. There does not appear to be any serious dispute about this amount and it is the sum which Mollenhauer was found to be entitled to recover under the judgment at trial.

The main issues on this appeal concerned the counterclaims advanced by CCH against Mollenhauer and United.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'un jugement rendu en première instance par le juge Osler, rejetant les demandes reconventionnelles découlant d'une action fondée sur un contrat de construction. Pourvoi rejeté.

W. B. Williston, c.r., et *Allan Rock*, pour l'appelante.

Frederick E. Leitch, et *A. J. Fuller*, pour l'intimée.

Douglas K. Laidlaw, c.r., et *Colin L. Campbell*, pour la tierce partie, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé le jugement rendu en première instance par M. le juge Osler. Ce dernier avait accueilli la demande de Mollenhauer Contracting Company Limited (ci-après appelée «Mollenhauer») contre CCH Canadian Limited, (ci-après appelée «CCH») en recouvrement du solde dû en vertu d'un contrat, intervenu en mai 1967, pour la construction d'un rajout à l'usine et à l'immeuble administratif de CCH.

M. le juge Osler a rejeté la demande reconventionnelle de CCH contre Mollenhauer, laquelle était basée sur la prétendue omission de celle-ci de fournir et d'installer de la brique conforme aux dispositions d'un contrat, daté du 31 mai 1961, pour la construction de l'immeuble principal de CCH et il a aussi rejeté la demande reconventionnelle de CCH contre United Ceramics Limited, le fournisseur de la brique présumée imparfaite.

La présente action a été intentée par Mollenhauer pour recouvrer \$30,857.17 relativement à la construction en 1967 et 1968 du rajout de l'immeuble de CCH. Il n'apparaît pas y avoir de contestation sérieuse au sujet de ce montant et c'est à cette somme que le juge de première instance a décidé que Mollenhauer avait droit.

Les questions principales faisant l'objet de ce pourvoi sont les demandes reconventionnelles sou- mises par CCH contre Mollenhauer et United.

After a careful review of the relevant facts, Osler J. concluded with respect to the 1961 contract that:

Under its contract, however, all Mollenhauer was called upon to do was to produce and to incorporate into the building brick of the kind and quantity described in its contract. There is no indication that the special skill and knowledge of Mollenhauer was to be relied upon or was relied upon by CCH, unlike my finding that Mollenhauer was relying upon the special skill and knowledge of United with respect to the suitability of its brick for exterior use. Likewise, the evidence with respect to the bricklaying and the building of this structure persuades me that it was well done in accordance with good and workmanlike practice.

The brick which had been furnished in accordance with the contract specifications and under the supervision of Mr. Fisher, the architect employed by CCH, proved to be unsuitable and United and its successor Toronto Brick Company Limited, were zealous in their efforts to replace it and make good any defects.

The efforts exerted by Toronto Brick and the undertaking to continue replacing the brick conveyed by one of its officers to a representative of CCH in June 1964 were relied on by the appellant as evidence of a contract between CCH and United, but, like the learned trial judge, I am unable to find any consideration moving from CCH to United capable of supporting such a contract, and as the action was framed in contract, this must be an end of the matter as far as any claim against United is concerned.

Reference is made in the factum of the appellant to the case of *Steel Company of Canada Limited v. Willand Management Limited*¹, where the contractor was found liable for defects in the glue used for attaching roofing material to the structure notwithstanding that it had been employed in conformity with the plans and specifications prepared by the owner's employees; but that case is distinguishable from the present one *inter alia*, because the contractor had agreed "...

Après une étude attentive des faits pertinents, M. le juge Osler a conclu relativement au contrat de 1961 que:

[TRADUCTION] Cependant en vertu de son contrat, la seule obligation de Mollenhauer était de fournir la brique selon la qualité et la quantité décrites dans son contrat et l'incorporer à l'immeuble. Rien n'indique que CCH devait se fier aux compétences spéciales et aux connaissances de Mollenhauer ou qu'elle l'a fait, contrairement à ma conclusion que Mollenhauer s'est fiée aux compétences spéciales et aux connaissances de United pour que la brique fournie par cette dernière puisse convenablement être utilisée à l'extérieur. Également, la preuve relative aux travaux de maçonnerie et de construction de ce bâtiment démontre qu'ils ont été faits suivant les normes établies.

La brique qui avait été fournie conformément au devis et sous la surveillance de M. Fisher, l'architecte de CCH, s'est révélée impropre et United et Toronto Brick Company Limited, son successeur, se sont efforcées avec empressement de la remplacer et de corriger les défauts.

Les efforts faits par Toronto Brick pour remplacer les briques et l'engagement pris par un de ses administrateurs envers un représentant de CCH en juin 1964 de continuer à le faire, ont été soumis par l'appelante comme une preuve étayant l'existence d'un contrat entre CCH et United, mais, à l'instar du savant juge de première instance, je suis incapable de discerner aucune considération de la part de CCH envers United pouvant justifier un tel contrat; et comme l'action a une base contractuelle, cela devrait régler la question en ce qui concerne toute réclamation contre United.

On a mentionné dans le factum de l'appelante l'arrêt *Steel Company of Canada Limited c. Willand Management Limited*¹, où l'entrepreneur a été trouvé responsable des défauts de la colle utilisée pour fixer les matériaux de la toiture à la charpente même si elle avait été employée conformément aux plans et devis préparés par les employés du propriétaire; mais cette affaire-là se distingue du présent cas parce que, entre autres choses, l'entrepreneur avait convenu [TRADUC-

¹ [1966] S.C.R. 746.

¹ [1966] R.C.S. 746.

to furnish a written guarantee running for a period of five years, that all work . . . will remain weather tight and that all material and workmanship employed are first class and *without defect*." There is no such specific guarantee in the present case.

Counsel for the appellant in this Court argued forcefully that the manufacturer was liable to CCH in negligence but, as the Court of Appeal said in its unanimous judgment, "Such a foundation for liability is not even suggested in the Notice of Appeal and the Statement of Counterclaim alleges no facts material to a claim in negligence."

For the above reasons, as well as for those contained in the reasons of the learned trial judge, I agree with the judgment of the Court of Appeal and would therefore dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Woolley, Hames, Dale & Dingwall, Toronto.

Solicitors for the respondent: Saul, Leitch & Hays, Toronto.

Solicitors for the third party, respondent: McCarthy & McCarthy, Toronto.

TION] « . . . de donner une garantie par écrit valide pour une période de cinq ans, que tout l'ouvrage . . . demeurera étanche et que tous les matériaux et le travail sont de première qualité et *sans défaut*. » Il n'y a pas de telle garantie spécifique en l'espèce.

L'avocat de l'appelante en cette Cour a ardemment soutenu que le manufacturier avait envers CCH une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, mais, comme la Cour d'appel l'a dit dans son jugement unanime, [TRADUCTION] « d'avis d'appel ne fait même pas mention d'une responsabilité fondée sur ce point et la demande reconventionnelle n'allègue aucun fait pertinent à une réclamation délictuelle ou quasi délictuelle. »

Pour les raisons mentionnées ci-dessus, ainsi que pour celles contenues dans les motifs du savant juge de première instance, je souscris au jugement de la Cour d'appel et en conséquence je rejeterais ce pourvoi avec dépens.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Woolley, Hames, Dale & Dingwall, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Saul, Leitch & Hays, Toronto.

Procureurs de la tierce partie, intimée: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Glenn O'Rourke, J. Bruce Johnston, Thomas Boyd and Eric Silk (*Defendants*) *Appellants*;

and

Cammie Irvin Schacht (*Plaintiff*)
Respondent.

1974: February 7; 1974: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Motor vehicle—Highway accident—Statutory duty of police to ensure safety of public after a previous accident—Liability of police officer in damages—Vicarious liability of Commissioner—The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, ss. 3(3)(a), 46, 47.

Police—Duty of care after highway accident—Statutory duty—Failure to take adequate precautions to warn traffic of hazard—Failure to notify Highway Department timely—The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, ss. 3(3)(a), 46, 47.

The Department of Highways, acting through a construction firm, had constructed a large cement culvert and the excavation across the highway in which the pipe had been laid was still open. A detour had been provided to the west of the highway and a "Road Under Construction" sign erected. There were five further signs on the road shoulder viz. a Project sign, a large black sign three feet by six feet in size with, in black on yellow reflectorized lettering, "Culvert Construction, One-half Mile Ahead", another large black sign similar in size and design with "Culvert Construction—Quarter Mile Ahead", a four feet by four feet sign with, in black on yellow, "Detour—1000 Feet", and finally a sign bearing a yellow and black arrow indicating the direction of the detour above the words "Maximum 20". The last sign had on top of it a flashing "Owl Light". In front of the excavation, was a seven feet by seven feet sign bearing a large arrow, which sign also had a flashing light. A car knocked down the seven by seven foot sign, leaped the excavation, crashed into a similar sign on the other side, rolled over and was demolished. Some time later, after the police had cleared the accident site and departed the scene but before the Department of Highways had reinstated the signs, the respondent Schacht drove into the excavation where he was found injured in his car by

Glenn O'Rourke, J. Bruce Johnston, Thomas Boyd et Eric Silk (*Défendeurs*) *Appellants*;

et

Cammie Irvin Schacht (*Demandeur*) *Intimé*.

1974: le 7 février; 1974: le 19 décembre.

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

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

Véhicule automobile—Accident routier—Obligation statutaire d'un policier d'assurer la sécurité du public après un accident antérieur—Policier tenu à réparer le préjudice subi—Responsabilité civile du Commissaire—The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, art. 3(3) a), 46 et 47.

Police—Obligation de diligence après un accident routier—Obligation statutaire—Omission de prendre les précautions nécessaires pour avertir les automobilistes du danger—Omission d'avoir averti le ministère de la Voirie avec célérité—The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, art. 3(3) a), 46 et 47.

Le ministère de la Voirie, par l'entremise d'une société de construction, avait construit un grand ponceau en ciment et l'excavation en travers de la route, dans laquelle le tuyau avait été installé, était encore ouverte. Une déviation avait été établie sur le côté ouest de la chaussée et un panneau «Construction de route» avait été installé. Cinq autres panneaux avaient également été installés sur l'accotement de la route, à savoir un panneau «Projet», un grand panneau de 3 pieds sur 6 portant, en lettres noires sur fond jaune réfléchissant, l'inscription «Construction d'un ponceau à un demi-mille», un autre grand panneau identique, de même dimension, portant l'inscription «Construction d'un ponceau à un quart de mille», un panneau de 4 pieds sur 4 portant, en lettres noires sur fond jaune, l'inscription «Déviation—1000 pieds», et finalement un panneau portant une flèche jaune et noire indiquant le sens de la déviation au-dessus des mots «Maximum 20». Ce dernier panneau était surmonté d'un feu clignotant. En face de l'excavation, il y avait un panneau de 7 pieds sur 7 portant une grande flèche noire. Ce panneau était également surmonté d'un feu clignotant. Une automobile a renversé le panneau de 7 pieds sur 7, a franchi l'excavation, a heurté un autre panneau semblable installé de l'autre côté, a fait plusieurs tonneaux et a été complète-

a police officer who had returned to the accident scene to look for a camera lens cover. The first accident occurred at about 12:30 a.m., a town policeman arrived on the scene prior to 12:45 a.m., the first Provincial Police constable at 1:15 or 1:20 a.m. and Corporal Johnston at 1:44 a.m. but the Department of Highways was not notified until 2:55 a.m. or shortly thereafter. Had that Department been notified earlier it seemed that the signs would have been replaced long before the second accident. The respondent sued the Ontario Provincial Police Commissioner, Corporal Johnston and two police constables basing the action against the police officers on negligence in failing to carry out their duties. The action was dismissed at trial where Fraser J. indicated that had there been liability he would have assessed fifty per cent negligence against the respondent, forty per cent against Corporal Johnston, ten per cent against Constable Boyd and nil against Constable O'Rourke. The Court of Appeal allowed the subsequent appeal, giving judgment for fifty per cent of the amount of the damages as found at trial but varying the responsibility as between Corporal Johnston and Constable Boyd. The Commissioner was liable for the fifty per cent adjudged against his officers.

Held (Martland, Judson and Pigeon JJ. dissenting): The appeal of Thomas Boyd should be allowed, the appeals of J. Bruce Johnston and Eric Silk should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Ritchie, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: Sections 3(3) (a) and 46 of *The Police Act* R.S.O. 1970, c. 351, place upon Provincial Police Officers certain duties owed, by judicial interpretation, not only to their superior officers and the Commissioner but to members of the public. Section 3(3) (a) imposes on a Provincial Police Officer the duty to attempt to make the road safe for traffic and the proper notification of possible road users of a danger arising from a previous accident and creating an unreasonable risk of harm. Corporal Johnston failed to secure the relocation of the warning signs and to notify timeously the Department of Highways and was rightly found liable. The subordinate officer was in a different position

ment détruite. Plus tard, après que la police eut nettoyé puis quitté les lieux de l'accident mais avant que le ministère de la Voirie ne réinstalle les panneaux, l'intimé Schacht plongea avec sa voiture dans l'excavation où il fut trouvé, blessé, à l'intérieur de sa voiture, par un policier qui était revenu sur les lieux de l'accident pour y chercher le protège-objectif de son appareil photographique. Le premier accident est survenu vers 12 h 30 a.m., un agent de la sûreté municipale est arrivé sur les lieux vers 12 h 45 a.m., le premier agent de la Sûreté provinciale vers 1 h 15 ou 1 h 20 a.m. et le caporal Johnston à 1 h 44 a.m., mais le ministère de la Voirie n'a été avisé qu'à 2 h 55 a.m. ou quelques minutes plus tard. Si ce Ministère avait été averti plus tôt, il semble que les panneaux auraient été remplacés bien avant le deuxième accident. L'intimé intenta une action contre le Commissaire de la Sûreté provinciale de l'Ontario, contre le Caporal Johnston et contre deux policiers, l'action contre ces derniers étant fondée sur des allégations de négligence dans l'exercice de leurs fonctions. L'action a été rejetée en première instance où le juge Fraser a déclaré que s'il avait conclu qu'ils étaient tenus à réparation, il aurait évalué la responsabilité de l'intimé à 50 pour cent, celle du caporal Johnston à 40 pour cent, celle de l'agent Boyd à 10 pour cent et celle de l'agent O'Rourke à néant. La Cour d'appel a accueilli l'appel subséquent, accordant à l'intimé 50 pour cent de la somme de dommages-intérêts déterminée en première instance mais modifiant la part de responsabilité qui avait été imputée au caporal Johnston et à l'agent Boyd. Le Commissaire a été tenu de payer le 50 pour cent adjugé contre ses agents.

Arrêt (les juges Martland, Judson et Pigeon étant dissidents): Le pouvoi de Thomas Boyd doit être accueilli, les pourvois de J. Bruce Johnston et Eric Silk doivent être rejetés.

Le juge en chef Laskin et *les* juges Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré: Les articles 3(3) a) et 46 du *Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351, imposent aux agents de la Sûreté provinciale certaines obligations qui, selon l'interprétation judiciaire, leur incombent non seulement vis-à-vis de leurs supérieurs et du Commissaire mais aussi vis-à-vis de tout citoyen. L'article 3(3) a) impose à un agent de la Sûreté provinciale l'obligation d'essayer de rendre les routes sûres pour la circulation et de prendre les mesures nécessaires pour avertir les éventuels usagers de la route de tout danger découlant d'un accident antérieur et créant un risque déraisonnable de préjudice. Le caporal Johnston a omis de remettre sur pieds les panneaux indicatifs de danger et de prévenir

and should not be faulted for leaving to his superior the task of taking the necessary steps to protect traffic.

Per Martland, Judson and Pigeon JJ. *dissenting*: The circumstances of this case did not disclose a breach of statutory duty by Corporal Johnston. The duty of members of the Ontario Provincial Police Force are defined in s. 46 of *The Police Act* and the suggestion that there was a breach of the duty defined in para. (d) of s. 46(1) "generally to perform such duties as are from time to time assigned . . ." must fail because there was no evidence that Corporal Johnston had been assigned the duty of maintaining a highway or traffic patrol. There is in any event nothing in *The Police Act* to indicate an intention on the part of the Legislature to impose a liability on a member of the Force who fails to carry out a duty assigned to him under the statute. The Commissioner is only made vicariously liable for a tort committed by a member of the Force in the performance of his duty; the statute does not provide that the Commissioner is liable in damages if a member of the Force fails to carry out a duty assigned to him. At common law, none of the cases cited is authority for finding that Corporal Johnston in the present case owed a legal duty to the respondent.

[*Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *Haynes v. Harwood*, [1935] 1 K.B. 146; *Priestman v. Colangelo et al.*, [1959] S.C.R. 615; *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373 referred to.]

APPEAL from a judgement of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing in part an appeal from a judgment of Fraser J. at trial. Appeal of Thomas Boyd allowed, appeals of J. Bruce Johnston and Eric Silk dismissed, Martland, Judson and Pigeon JJ. *dissenting*.

B. Wright, and *J. T. McCabe*, for the appellants.

E. A. Cherniak, Q.C., for the respondent.

¹ [1973] 1 O.R. 221, *sub nom. Schacht v. The Queen in right of the Province of Ontario et al.*

avec célérité le ministère de la Voirie et fut à bon droit tenu responsable. L'agent subalterne se trouvait dans une situation différente et on ne peut lui reprocher d'avoir laissé à son supérieur le soin de prendre les mesures que commandait la protection de la circulation routière.

Les juges Martland, Judson et Pigeon, *dissentents*: Les circonstances de la présente cause ne révèlent aucun manquement à une obligation statutaire de la part du Caporal Johnston. Les fonctions des membres de la Sûreté provinciale de l'Ontario sont définies à l'art. 46 du *Police Act* et la prétention qu'il y a eu manquement à l'obligation définie à l'al. d) du par. (1) de l'art. 46 «d'accomplir en général les fonctions que leur attribue le commissaire» doit être rejetée car rien ne démontre que la tâche d'effectuer une patrouille de la route ou de la circulation avait été attribuée au caporal Johnston. En tout état de cause, il n'y a rien dans le *Police Act* qui laisse supposer de la part de la Législature l'intention de retenir la responsabilité d'un membre de la Sûreté qui omet d'accomplir une des fonctions que lui attribue cette loi. Le Commissaire n'est tenu civilement responsable que d'un délit commis par un membre de la Sûreté dans l'accomplissement de ses fonctions; la loi ne prévoit pas que le Commissaire est responsable des dommages résultant de l'omission par un membre de la Sûreté d'accomplir une fonction qui lui a été attribuée. En droit commun, aucune des causes citées ne permet d'établir que le Caporal Johnston, dans cette affaire, avait une obligation légale envers l'intimé.

[Arrêts mentionnés: *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *Haynes v. Harwood*, [1935] 1 K.B. 146; *Priestman c. Colangelo et al.*, [1959] R.C.S. 615; *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373.]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli en partie l'appel d'un jugement de première instance rendu par le juge Fraser. Pourvoi de Thomas Boyd accueilli, pourvois de J. Bruce Johnston et Eric Silk rejetés, les juges Martland, Judson et Pigeon étant dissidents.

B. Wright et *J. T. McCabe*, pour les appelants.

E. A. Cherniak, c.r., pour l'intimé.

¹ [1973] 1 O.R. 221, *sub nom. Schacht v. The Queen in right of the Province of Ontario et al.*

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie, Spence, Dickson, Beetz and de Grandpré was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on October 25, 1972. By that judgment, the Court of Appeal allowed in part an appeal from the judgment of Fraser J. after trial which was pronounced on December 7, 1971.

At the opening of the trial, a consent was filed for dismissal of the action without costs as against Her Majesty the Queen in right of the Province of Ontario, represented by the Minister of Highways for the Province of Ontario, and as against Cox Construction Company and Wallace Construction Company, so that these parties need not further concern us.

The action arose under the following circumstances. These require to be outlined in very considerable detail. In the fall of the year 1969, the Department of Highways for the Province of Ontario was engaged in a course of reconstruction of the culverts which ran beneath Provincial Highway No. 9 between the Town of Harriston and the Village of Teviotdale. At about 12:30 a.m. on Sunday, October 12, 1969, a motorist Blancke driving southerly on Highway No. 9 crashed into a large sign which shall be described hereafter in some detail, leaped across an excavation for a culvert under construction, crashed into a similar sign at the south side of the intersection, rolled over several times and his car was completely demolished. Blancke was very seriously injured and his passenger died as a result of the accident.

The physical situation prior to Blancke's arrival was described most succinctly in the excellent reasons of Schroeder J.A. given in the Court of Appeal and I quote it hereafter:

The Department of Highways, acting through a construction firm, had constructed a large cement culvert at the point where the accident occurred and, while the culvert had been installed, the excavation across the highway in which it had been laid was still open. A detour had been provided around the culvert to the west of the highway. On highway no. 9 a "Road Under Construction" sign had been placed on the shoulder of the road just south of Harriston. South of the latter sign

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le présent pourvoi est interjeté contre un arrêt en date du 25 octobre 1972 de la Cour d'appel de l'Ontario qui avait accueilli partiellement un appel formé contre le jugement que le juge Fraser avait rendu le 7 décembre 1971 à l'issue de l'instruction de l'affaire.

A l'ouverture de l'instruction, fut déposé un consentement en vue du rejet de l'action sans dépens contre Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Ontario, représentée par le ministre de la Voirie de la province de l'Ontario, et contre les compagnies Cox Construction et Wallace Construction, si bien que ces parties ne nous concernent donc plus.

Les faits, qu'il sera nécessaire de décrire de façon très détaillée, sont les suivants: au cours de l'automne 1969, le ministère de la Voirie de la province de l'Ontario a effectué des travaux de réparation des ponceaux qui passaient sous la route provinciale n° 9 entre la ville d'Harriston et le village de Teviotdale. Vers 12 h 30 a.m., le dimanche 12 octobre 1969, un automobiliste, Blancke, qui roulait en direction sud sur la route 9, a heurté un grand panneau, dont nous donnerons une description précise un peu plus loin, a franchi l'excavation ouverte pour installer un ponceau, a heurté un autre panneau semblable sur le côté sud du croisement et a fait plusieurs tonneaux. Sa voiture a été complètement détruite. Blancke fut très gravement blessé et son passager est décédé des suites de l'accident.

Je reprendrai la description très concise de la configuration des lieux avant l'arrivée de Blancke, qu'a faite le juge d'appel Schroeder dans les excellents motifs de l'arrêt de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Le ministère de la Voirie, par l'entremise d'une société de construction, avait construit un grand ponceau en ciment à l'endroit où l'accident s'est produit. Bien que le ponceau ait été mis en place, la route se trouvait encore ouverte sur toute la longueur de l'excavation. Une déviation avait été établie sur le côté ouest de la chaussée. On avait également installé sur l'accotement de la route 9 un panneau «Construction de route» juste au sud d'Harriston. Au sud de ce panneau,

was a "Project" sign containing the name of the contractor and the contract number. Proceeding southerly on highway no. 9 there followed a large sign 3 feet by 6 feet in dimension with black lettering on a yellow reflectorized background on which were painted the words "Culvert Construction One-half Mile Ahead". South of the lastly mentioned sign was another of the same size and similar to it in other respects, which contained the words "Culvert Construction—Quarter Mile Ahead".

There was a fifth sign, 4 feet by 4 feet in size, containing in black lettering against a yellow background the words "Detour—1000 Feet". Two hundred feet north of the point of commencement of the detour was a sixth sign on which was painted a yellow and black arrow indicating the direction taken by the detour. Below these words were black letters on a white background reading "Maximum 20". On top of this sign was a small flashing light known as an "Owl Light". All these signs were placed on the shoulder of the road.

Directly in front of the excavation on both the north and south sides thereof there had been a large sign, 7 feet by 7 feet in dimension, which had a yellow background. Around the outer edges of this sign were yellow and black twelve inch squares, and there was a large black arrow pointing due west in the direction of the detour. Mounted on top of this last sign was a flashing "Owl Light". The shoulders of the detour itself had been marked with a number of hazard markers, 12 inches by 36 inches in size. These markers were painted yellow with diagonal black stripes and were described as being "shoulder high".

As I have said, Blancke's vehicle knocked down both of the large square signs which stood in the middle of the road, that at the north side of the excavation as well as that at the south. The sign which had been on the north side of the excavation, that is the one which the car driven by Blancke first struck, was knocked into the excavation and although the flasher light thereon seemed to have been still operating, it was operating down in a hole and of course could not be seen by anyone approaching. William Thackery, a constable on the Police Force of the Town of Harrison, was informed of this accident by a motorist very shortly after 12:30 a.m., or even perhaps a few moments before. Since the accident occurred on a provincial highway which was controlled by the Ontario Provincial Police, he at once relayed the message through to the answering service of the Ontario Provincial Police at Mount Forest, the

se trouvait un autre panneau «Projet», indiquant le nom de l'entrepreneur et le numéro du contrat. En se dirigeant vers le sud sur la route 9, ces panneaux étaient suivis d'un autre panneau de 3 pieds sur 6 portant, en lettres noires sur fond jaune réfléchissant, l'inscription «Construction d'un ponceau à un demi-mille». Ce panneau était suivi un peu plus loin d'un autre panneau identique, de même dimension, qui indiquait «Construction d'un ponceau à un quart de mille».

Il y avait également un cinquième panneau, de 4 pieds sur 4, portant, en lettres noires sur fond jaune, l'inscription: «Déviation—1,000 pieds». A deux cents pieds au nord de l'endroit où commençait la déviation, on avait également fixé un sixième panneau portant une flèche jaune et noire indiquant le sens de la déviation avec, en-dessous, en lettres noires sur fond blanc, «Maximum 20» et, au-dessus, un feu clignotant. Tous ces panneaux étaient posés sur l'accotement de la chaussée.

Direction en face de l'excavation, tant au nord qu'au sud, il y avait un grand panneau, de 7 pieds sur 7, à fond jaune. Le panneau portait sur les bords des carreaux jaunes et noirs de douze pouces ainsi qu'une grande flèche noire pointant vers l'ouest dans la direction de la déviation. Ce dernier panneau était surmonté d'un feu clignotant. Les accotements de la déviation étaient également jalonnés d'un certain nombre de panneaux indicatifs de danger de 12 pouces sur 36. Ces panneaux, de couleur jaune à bandes noires diagonales venaient, d'après la description qui en a été faite, «à hauteur d'épaule».

Le véhicule de Blancke, ainsi que je l'ai déjà dit, a donc renversé les deux grands panneaux, de forme carrée, qui se trouvaient au milieu de la route, tant celui du côté nord de l'excavation que celui du côté sud. Le panneau nord, le premier que la voiture conduite par Blancke a heurté, a été précipité dans l'excavation et, même si le feu clignotant placé à son extrémité supérieure semblait encore fonctionner, on ne pouvait le voir du fait qu'il se trouvait masqué par la tranchée. William Thackery, agent de police de la ville d'Harrison, a été informé de l'accident par un autre automobiliste quelque temps après 12 h 30 a.m., ou peut-être même un peu avant. L'accident s'étant produit sur une route provinciale relevant de la compétence de la Sûreté provinciale de l'Ontario, il a immédiatement retransmis le message à la permanence téléphonique du poste le plus proche de la Sûreté provinciale de l'Ontario à

nearest Ontario Provincial Police Depot. He received back an answer that the Ontario Provincial Police did not have a car in the immediate vicinity and suggested that he should go out to the scene of the accident. Thackery at once left for the scene driving south on Highway No. 9. It happened that his home was between the Town of Harriston and the scene of the accident so that he passed his own home and also a service station at the corner of Highway No. 9 and County Road No. 5, to which I shall make reference hereafter, arriving at the scene between 12:30 and 12:45 a.m. Thackery was the first police constable at the scene.

Thackery left his car about 150 feet north of the culvert and left his flasher light operating. In addition, he gave a light to a passing motorist and had that passing motorist go to the south of the culvert and stop the north bound traffic. The first Ontario Provincial Police constable arrived at the scene at about 1:15 or 1:20 a.m. and Corporal William Johnston, who was in charge of the police work, arrived at 1:44 a.m. Thackery remained at the scene until 2:30 a.m. and Corporal Johnston and his fellow Ontario Provincial Police constables were engaged in cleaning up the scene of the accident removing both the fatally injured passenger and the driver and in having wrecking trucks pull away the demolished automobile. Corporal Johnston did not leave the scene until 3:01 a.m. When Corporal Johnston departed, he left no constables on guard and the only lighting to indicate the occurrence of an accident was a series of small pot flares which had been placed at the scene before 3:01 a.m. and which had a maximum life of only twenty minutes.

Constable Thomas Boyd was another Provincial Police constable who had been on duty that night north of Harriston. At about 3:00 a.m. he was instructed to proceed to County Road No. 10 well south of the scene and south of Teviotdale to investigate there another accident which was described as being one entailing property damage only. Constable Boyd at once drove south on Highway No. 9 passing the scene of the construction where the accident had occurred and proceeded to investigate the other accident as he had been

Mount Forest. Il lui fut répondu que la Sûreté provinciale de l'Ontario ne disposait pas d'une voiture à proximité immédiate des lieux de l'accident et il lui fut suggéré de s'y rendre lui-même. Thackery se rendit immédiatement sur les lieux en empruntant la route 9 vers le sud. Il passa devant sa propre maison qui se trouvait entre la ville d'Harriston et le lieu de l'accident ainsi que devant une station-service située au coin de la route 9 et de la route de comté n° 5 dont je reparlerai plus loin. Il arriva sur les lieux entre 12 h 30 a.m. et 12 h 45 a.m. Il était le premier agent de police sur les lieux.

Thackery stationna sa voiture à environ 150 pieds au nord du ponceau et laissa son clignotant en état de marche. En outre, il remit une lampe à un automobiliste qui passait et lui demanda de se rendre au sud du ponceau afin de stopper la circulation allant vers le nord. Le premier agent de la Sûreté provinciale de l'Ontario arriva sur les lieux de l'accident vers 1 h 15 ou 1 h 20 a.m.; le caporal William Johnston qui était chargé de diriger le travail des policiers, arriva à 1 h 44 a.m. Thackery resta sur place jusqu'à 2 h 30 a.m. Le caporal Johnston et les agents de la Sûreté provinciale de l'Ontario étaient occupés à dégager les lieux de l'accident, à évacuer le passager mortellement blessé et le conducteur et à faire enlever le véhicule accidenté par les camions de dépannage. Le caporal Johnston ne quitta les lieux qu'à 3 h 01 a.m. Il ne laissa sur place aucun agent et les seuls signaux qui indiquaient la survenance de l'accident étaient une série de petits feux de Bengale mis en place avant 3 h 01 a.m. et d'une durée de fonctionnement de vingt minutes au maximum.

Un autre agent de la Sûreté provinciale, Thomas Boyd, se trouvait également en mission cette nuit-là au nord d'Harriston. Vers les 3 h du matin, il reçut l'ordre de se rendre sur la route de comté n° 10, bien au sud du lieu de l'accident et au sud également de Teviotdale, pour enquêter sur un autre accident qui, semblait-il, n'avait donné lieu qu'à des dommages matériels. L'agent Boyd prit immédiatement la route 9 vers le sud, passa en face des travaux de construction où l'accident s'était produit et continua son chemin jusqu'à l'en-

directed. Constable Boyd knew that an accident had occurred at this culvert excavation and he observed, as he drove south, that the very large sign with the flashing light which should have been immediately north of the culvert had been knocked down. He did not stop to take any steps for the further protection of the scene. On his examination for discovery, Constable Boyd was asked as to whether he had observed any flares burning but he did not make a direct reply. He was called as a witness for the defence and in cross examination, the question was put to him as to the situation when he passed:

Q. There were no cars, no persons, no lights?

A. No, sir.

Again:

Q. I put to you there was nothing to warn a person unfamiliar with the road, driving along that roadway, that when you got to the culvert there was a culvert and not a roadway?

A. Yes, that's right.

And again:

Q. Oh, well we know about the signs. There were signs that said detour and the sign with a wiggle on it but a man, the sign with the wiggle was about 200 feet back, but the man coming the last 200 feet would not have any way of knowing the road ended in a big hole would he?

A. No, sir.

I have, therefore, come to the conclusion that when Constable Boyd passed the scene southbound on the way to the other accident at 3:15 a.m., the flares had already burned themselves out and the fact that although there was construction there, that construction ended with a deep excavation all the way across the highway, was not in any way the subject of notification. I should add that Corporal Johnston notified the Department of Highways of the destruction of these two large signs for the first time at 2:55 a.m., that is six minutes before he left the scene.

The plaintiff, a young man who was living and working in London, Ontario, had intended to

droit où était survenu l'autre accident ainsi qu'il en avait reçu l'ordre. Il savait qu'un accident s'était produit à l'endroit de l'excavation et il remarqua, alors qu'il se dirigeait vers le sud, que le très grand panneau couronné d'un clignotant, qui aurait dû se trouver directement au nord du ponceau, avait été renversé. Il ne s'arrêta pas pour prendre les mesures qui s'imposaient pour écarter le danger. Lors de son interrogatoire préalable, il ne donna pas une réponse catégorique lorsqu'il lui fut demandé s'il avait vu des feux de Bengale qui brûlaient. Il fut cité comme témoin par la défense et, au cours du contre-interrogatoire, on lui posa la question suivante à plusieurs reprises:

[TRADUCTION] Q. Il n'y avait pas de voitures, personne, pas de feux?

R. Non.

Q. Il n'y avait donc rien pour avertir une personne qui ne connaissait pas la route qu'au moment où elle arriverait au ponceau, la route cédait la place à ce ponceau?

R. Non, il n'y avait rien.

Q. Passons aux panneaux. Ceux qui indiquaient la déviation, notamment le panneau avec la barre ondulée, ce panneau avec la barre ondulée se trouvait bien à 200 pieds environ avant les travaux, mais une personne qui parcourait ces 200 derniers pieds n'avait aucun moyen de savoir que la route se terminait sur une excavation, n'est-ce pas?

R. Non.

J'en conclus donc qu'au moment où l'agent Boyd est passé sur les lieux dans la direction sud pour aller constater un autre accident à 3 h 15 a.m., les feux de Bengale étaient déjà éteints et que, bien qu'il y eût des travaux de construction entrepris à cet endroit, il n'y avait rien qui indiquait qu'une excavation profonde avait été percée sur toute la longueur de la chaussée. Je voudrais ajouter que le caporal Johnston n'a appelé le ministère de la Voirie pour l'avertir de la destruction des deux grand panneaux qu'à 2 h 55 a.m., c'est-à-dire six minutes avant de quitter les lieux.

Le demandeur, un jeune homme ayant ses lieux de résidence et de travail à London en Ontario,

spend the weekend, it was Thanksgiving weekend, with his parents at Durham, north and east of the scene of this accident. He had broken his trip at Milverton and then gone from Milverton to Listowel with a friend to attend a dance and returned to Milverton to pick up his own automobile which he had left during the side trip to Listowel, and drive a young lady whom he had met that night to her home, which home was situated about three miles north of Harriston on Highway No. 9. The plaintiff did not know in detail the roads in the area and so he was guided by his passenger, the young lady, from Milverton through Listowel and Palmerston up to Harriston. This entailed leaving Palmerston on County Road No. 5 which ran approximately straight north and which came into Provincial Highway No. 9 a very short distance, perhaps less than a mile, south of the Town of Harriston. The plaintiff delivered the young lady to her home and spent some time sitting in conversation with her outside her home then left to return to Milverton where he intended to spend the night evidently with his friend. The young lady had warned him that he should watch for the right-hand turn from Highway No. 9 onto County Road No. 5 just south of Harriston but as he drove south on Highway No. 9 he missed the turn. The plaintiff almost immediately thereafter arrived at the scene of the construction, noticed the road was getting rough and observed only one sign, that is a sign upon which he noticed the word "Detour". Although the plaintiff stated he did not notice it, that sign also bore the words "1000 feet" below the word "Detour".

Realizing that he had lost his way, the plaintiff said that he cut his speed to about 30 to 40 miles an hour and was looking for a place where he could turn around and retrace his steps. His testimony continued: "And the next I recall, was waking up in the hospital."

It is, of course, evident that the plaintiff drove his automobile into the same excavation as that into which Blancke had driven some three hours earlier. Due to the fact that the plaintiff's speed was a great deal less, the second accident, that involving the plaintiff, was not nearly so serious as

avait décidé de passer la fin de semaine de l'Action de grâces chez ses parents à Durham, au nord-est des lieux de l'accident. Après s'être arrêté à Milverton, il s'était rendu à une soirée dansante en compagnie d'un ami à Listowel, puis était revenu à Milverton où il avait repris sa voiture pour reconduire chez elle une jeune fille qu'il avait rencontrée ce soir-là, elle habitait à environ trois milles au nord d'Harriston sur la route 9. Le demandeur ne connaissait pas très bien les routes de la région et sa passagère lui servit de guide de Milverton à Harriston, en passant par Listowel et Palmerston. Il quitta Palmerston par la route du comté n° 5 qui se dirigeait à peu près en ligne droite vers le nord et aboutissait à la route provinciale n° 9 à moins d'un mille environ au sud de la ville d'Harriston. Le demandeur déposa la jeune fille chez elle, bavarda quelque temps avec elle devant sa porte, puis reprit la direction de Milverton où il avait l'intention de passer la nuit chez son ami. La jeune fille lui avait bien dit qu'il devait tourner à droite sur la route 9 pour prendre la route de comté n° 5 au sud d'Harriston, mais il manqua le tournant sur la route 9. Le demandeur arriva quasi immédiatement après sur les lieux du chantier de construction, remarqua que la route était en mauvais état et n'aperçut qu'un panneau sur lequel il vit la mention «Déviation». Bien que le demandeur eût déclaré qu'il ne l'avait pas vu, ce panneau portait également en-dessous l'inscription «1,000 pieds».

Se rendant compte qu'il s'était égaré, le demandeur, selon ses dires, réduisit sa vitesse à environ 30 à 40 milles à l'heure et se mit à chercher un endroit pour faire demi-tour et reprendre son chemin. Son témoignage s'achevait en ces termes: [TRADUCTION] «Et tout ce que je me rappelle, c'est de m'être réveillé à l'hôpital».

Il est évident que le demandeur est tombé dans la même excavation que celle dans laquelle avait abouti Blancke trois heures plus tôt. En raison de la vitesse beaucoup plus réduite à laquelle le demandeur circulait, ce deuxième accident ne fut pas aussi grave que le premier, mais le demandeur

the first. He was, however, injured and his automobile was very badly damaged. The actual moment of the occurrence of the accident of the plaintiff cannot be ascertained but Corporal Johnston had found, after he left the scene, that he had forgotten to pick up the lens cover for his camera and he returned so that he could find it. He arrived back at the scene at 3:52 a.m. to find the plaintiff's vehicle down in the excavation and the plaintiff sitting in it. No other officer had been at the scene at the time so that I think we may assume that the accident occurred at 3:52 a.m. or very shortly before that.

Constable Boyd while investigating the accident to which he had been directed on County Road No. 10, received word of the accident involving the plaintiff and went immediately to the scene of the latter accident. He arrived at 4:11 a.m. and found that two men from the Department of Highways were then present and that they had re-erected the two large signs. Since these Department of Highways employees came from Stratford, Ontario, and were only notified at 2:55 a.m. or shortly thereafter, to have arrived at the scene and had re-erected the signs by 4:11 a.m., that is, one hour and sixteen minutes, the Department's attention to the matter was very prompt indeed. Had the Department of Highways employees been notified at 1:20 a.m., or even at 12:30 a.m. when the Ontario Provincial Police were first notified of the accident, it can be seen that one would have expected the signs to have been replaced long before the second accident, that is, the one involving the plaintiff here in this action, occurred.

On these facts, the plaintiff took action against Corporal Johnston, Constable O'Rourke (another constable in the Ontario Provincial Police who had been on the scene with Corporal Johnston), against Thomas Boyd, the constable of the Ontario Provincial Police who had passed the scene at 3:15 a.m., and against Eric Silk, Q.C., the Commissioner of the Ontario Provincial Police. The action against Commissioner Silk was taken by virtue of s. 47 of *The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351. Section 47 of the Statute reads as follows:

fut toutefois blessé et sa voiture sérieusement endommagée. Il n'a pas été possible de déterminer le moment exact auquel est survenu l'accident du demandeur, mais le caporal Johnston ayant constaté, après avoir quitté les lieux, qu'il avait oublié de reprendre le protège-objectif de son appareil photographique, fit demi-tour pour le retrouver. Il arriva sur les lieux à 3 h 52 a.m. et aperçut la voiture du demandeur dans l'excavation et le demandeur qui y était assis. Aucun autre agent ne se trouvait sur les lieux à ce moment-là si bien que l'on peut présumer, à mon avis, que l'accident s'est produit à 3 h 52 a.m. ou peu de temps avant.

L'agent Boyd, occupé à constater l'accident sur la route de comté n° 10, fut informé de l'accident du demandeur et se rendit immédiatement sur les lieux. Il arriva à 4 h 11 a.m. et constata que deux employés du ministère de la Voirie étaient également présents et avaient redressé les deux grands panneaux. Si l'on sait que les employés du ministère de la Voirie venaient de Stratford en Ontario et n'avaient été avertis qu'à 2 h 55 a.m. ou un peu plus tard, s'être rendus sur les lieux et avoir remis en place les panneaux à 4 h 11 a.m., c'est-à-dire une heure et seize minutes plus tard, prouvent que la réaction du Ministère dans ce cas a été très rapide. Si les employés du Ministère avaient été avertis à 1 h 20 a.m. ou même à 12 h 30 a.m., lorsque la Sûreté provinciale de l'Ontario avait été avisée de l'accident, on aurait été en droit de s'attendre à ce que les panneaux aient été remplacés bien avant le deuxième accident survenu au demandeur dans l'action dont nous sommes saisis.

Sur la base de ces faits, le demandeur a intenté une action contre le caporal Johnston, l'agent O'Rourke (un autre agent de la Sûreté provinciale de l'Ontario qui se trouvait sur les lieux en compagnie du caporal Johnston), contre Thomas Boyd, l'agent de la Sûreté provinciale de l'Ontario qui était passé sur les lieux à 3 h 15 a.m., et contre Eric Silk, c.r., le commissaire de la Sûreté provinciale de l'Ontario. L'action contre le commissaire Silk était fondée sur l'art. 47 de la loi intitulée *The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351. L'article 47 de cette loi est libellé comme suit:

47. (1) The Commissioner is liable, in respect of torts committed by members of the force in the performance or purported performance of their duties, in like manner as a master is liable in respect of torts committed by his servants in the course of their employment, and shall in respect of any such torts be treated for all purposes as a joint tortfeasor.

(2) The Treasurer of Ontario shall pay out of the Consolidated Revenue Fund,

(a) any damages awarded against the Commissioner in any proceeding brought against him by virtue of this section and any costs incurred by him in any such proceeding so far as not recovered by him in the proceedings; and

(b) subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council, any sum required in connection with the settlement of any claim made against the Commissioner by virtue of this section.

The action against the police officers was, of course, based on allegations of negligence in failing to carry out their duties. Fraser J. reserved judgment after trial and in very careful reasons came to his conclusion. In so far as actual negligence is concerned, I quote and adopt those reasons as follows:

I will defer any discussion of the causation of the accident and of the legal responsibility of the police, but having discussed the facts to this stage I have no hesitation in finding that the police were grossly negligent in not leaving somebody at the scene or taking some active steps to protect other users of the highway. The delay in notifying the Department of Highways was also negligence on their part. Here and throughout I use negligence in its ordinary sense of failure to exercise reasonable care having regard to the circumstances. I am going to discuss later the question whether the police breached any duty owed by them to the plaintiff and are therefore liable in damages.

Fraser J., However, after an analysis of the relevant law, including the statutory provisions, came to the conclusion that neither the Provincial Police officers nor Commissioner Silk could be held liable in damages. He therefore dismissed the action against the defendants Johnston, O'Rourke, Boyd and Commissioner Silk but without costs. Had Fraser J. found there was liability, he would have assessed fifty per cent negligence against the

[TRADUCTION] 47. (1) Le Commissaire répond des délits civils que commettent les membres de la Sûreté dans l'accomplissement effectif ou présumé de leurs fonctions au même titre qu'un commettant répond de ceux que ses préposés commettent dans le cadre de leur emploi et il est, à l'égard de ces délits, considéré comme coauteur.

(2) Le Trésorier de l'Ontario impute sur le Fonds du revenu consolidé

a) les dommages-intérêts adjugés contre le commissaire dans toute procédure engagée à son encontre en vertu du présent article ainsi que les frais qu'il a exposés au cours de cette procédure et qu'il n'a pas recouverts; et

b) sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, toute somme requise pour régler une demande en indemnisation formée contre le commissaire en vertu du présent article.

L'action contre les agents de police se fondait évidemment sur les allégations de négligence dans l'exercice de leurs fonctions. Le juge Fraser reporta son jugement après l'instruction et, dans des motifs soigneusement rédigés, que je fais miens en ce qui concerne la négligence réelle, aboutit à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] «Je n'examinerai pas maintenant la question des causes de l'accident et de la responsabilité légale de la police, mais je n'ai aucune hésitation, après avoir étudié les faits, à conclure que la police s'est rendue coupable de négligence grave en ne laissant personne sur les lieux ou en ne prenant pas les mesures qui s'imposaient pour protéger les autres usagers de la route. Leur retard à aviser le ministère de la Voirie constitue également une négligence de leur part. Dans le contexte qui nous occupe, j'emploie le mot «négligence» dans son sens habituel de défaut d'exercer une diligence raisonnable eu égard aux circonstances. J'aborderai plus loin la question de savoir si les policiers ont manqué aux obligations qu'ils avaient envers le demandeur et s'il sont, pour cette raison, tenus à réparation.

Toutefois, le juge Fraser, après une analyse du droit applicable et notamment des dispositions législatives en vigueur, a conclu que ni les agents de la Sûreté provinciale ni le commissaire Silk ne pouvaient être tenus de réparer le préjudice subi. Il a rejeté l'action dirigée contre les défendeurs Johnston, O'Rourke, Boyd et le commissaire Silk sans toutefois condamner le demandeur aux dépens. S'il avait conclu qu'ils étaient tenus à

plaintiff, forty against Corporal Johnston, ten per cent against Constable Boyd and nil against Constable O'Rourke.

The plaintiff appealed to the Court of Appeal and Schroeder J.A. gave the unanimous reasons for that Court. The Court of Appeal allowed the plaintiff's appeal and gave him judgment for \$5,743, that is, fifty per cent of the amount of the damages as found by the learned trial judge. Mr. Silk, as Commissioner, of course, was responsible for that full amount but as between Corporal Johnston and Constable Boyd, the Court of Appeal divided the responsibility eighty per cent to Corporal Johnston and twenty per cent to Constable Boyd. I shall refer hereafter to the special disposition as to Constable Boyd.

In his reasons, Schroeder J.A. quoted the following findings of fact which were made by the learned trial judge and which Fraser J. characterized as being abundantly supported by the evidence. I am of the same view.

(a) The large sign at the excavation was a very important one because it was erected on the road in the path of the oncoming motorists and was lighted with a flashing light.

(b) When the large sign was knocked down by the first accident neither it nor the flashing light would be visible to oncoming traffic, and when that sign was down the remaining warning signs were seriously inadequate for a hazard of the magnitude of this culvert on a Provincial Highway, leaving a very dangerous situation.

(c) When Corporal Johnston left the scene, there were no other policemen present, no arrangements were made with anyone else with respect to warning or marking the location and only 20 minute flares which were burning prior to the departure of Corporal Johnston were lit and no other special precautions were taken.

(d) When Constable Boyd passed the scene at 3:15 on his way to a non-urgent call, he saw the situation which subsisted and did nothing.

(e) The above failures of the defendants together with the delay in notifying the Dept. of Highways

réparation, le juge Fraser aurait évalué la responsabilité du demandeur à 50 pour cent, celle du caporal Johnston à 40 pour cent, celle de l'agent Boyd à 10 pour cent et celle de l'agent O'Rourke à néant.

Le demandeur s'est pourvu devant la Cour d'appel dont le jugement unanime a été rendu par le juge Schroeder. La Cour d'appel a accueilli l'appel du demandeur et a fixé les dommages-intérêts à \$5,743, soit cinquante pour cent de la somme déterminée par l'éminent juge de première instance. M. Silk, en sa qualité de commissaire, était tenu de payer cette somme en entier, mais la Cour d'appel a fixé à 80 pour cent la responsabilité du caporal Johnston et à 20 pour cent celle de l'agent Boyd. Je reviendrai par la suite sur la responsabilité de l'agent Boyd.

Dans ses motifs, le juge d'appel Schroeder a cité les conclusions suivantes, tirées des faits, qui avaient été faites par l'éminent juge de première instance et que le juge Fraser a estimées largement étayées par les éléments de la preuve, opinion à laquelle je me rallie.

[TRADUCTION] a) Le grand panneau situé près de l'excavation avait une importance capitale, car il était installé en plein sur la route que suivaient les conducteurs et était surmonté d'un feu clignotant.

b) Renversé au moment du premier accident, ce grand panneau ainsi que le feu clignotant ne pouvaient plus être aperçus par les usagers de la route. Les autres panneaux n'offraient plus qu'une mise en garde très insuffisante pour un danger de la gravité que présentait ce panneau sur la route provinciale.

c) Lorsque le caporal Johnston a quitté les lieux, il n'y avait aucun autre policier sur place, aucune mesure n'a été prise pour signaler ou baliser le danger; seuls furent placés des feux de Bengale, d'une durée de fonctionnement de vingt minutes, qui avaient été allumés avant le départ du caporal Johnston. Aucune autre précaution particulière ne fut prise.

d) Passant sur les lieux de l'accident à 3 h 15 a.m. pour répondre à un appel non-urgent, l'agent Boyd a pu se rendre compte de la situation, mais n'est pas intervenu.

e) L'inaction des défendeurs, jointe à la notification tardive de l'accident au ministère de la Voirie, consti-

consisted of gross negligence on their part (negligence used in the non-legal sense).

(f) The Plaintiff was a very honest and frank witness who testified according to his best recollections and whose evidence was to be preferred to that of Constable Boyd.

(g) The plaintiff did not fall asleep.

(h) The plaintiff was not keeping a proper lookout and his negligence was a contributing factor to the collision.

(i) The negligence of the police officers continued to the time of the accident and was so intermixed and concurrent with that of the plaintiff that there should be an apportionment which he determined to be 50% upon the plaintiff and 40% upon the defendant Johnston and 10% upon the defendant Boyd.

As Fraser J. pointed out, there has been no authority cited either in the Court of Appeal or in this Court which has any exact application to the situation with which we are called upon to deal. There were some cases which were helpful and I shall refer to some of these and there are certain statutory provisions. Essentially, however, I adopt the words of Lord Diplock in *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*², at p. 1058:

It will be apparent that I agree with the Master of the Rolls that what we are concerned with in this appeal "is . . . at bottom a matter of public policy which we, as judges, must resolve".

The statutory enactment with which we are most concerned is *The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351. Section 3(3)(a) of that statute reads:

3. (3) The Ontario Provincial Police Force, in addition to performing the policing services prescribed in subsection 1, shall,

(a) maintain a traffic patrol,

(i) on the King's Highway, except such portions thereof as are designated by the Minister, and

(ii) on such connecting links, within the meaning of *The Highway Improvement Act*, as are designated by the Minister;

Section 46 of the same statute provides:

tuent une négligence grave de leur part (le terme «négligence» étant entendu dans son sens non-juridique).

f) Le demandeur est un témoin d'une grande franchise et honnêteté, qui a rapporté les faits dans la mesure où il s'en souvenait et son témoignage doit être préféré à celui de l'agent Boyd.

g) Le demandeur ne s'est pas endormi au volant.

h) Le demandeur n'a pas fait preuve de la vigilance voulue. Sa négligence a contribué à l'accident.

i) La négligence des agents de police s'est poursuivie jusqu'au moment de l'accident et était à ce point mêlée et concurrente à celle du demandeur qu'il y a lieu de partager les responsabilités comme suit: 50% au demandeur, 40% au défendeur Johnston et 10% au défendeur Boyd.

Ainsi que le juge Fraser le notait, il n'a été invoqué ni devant la Cour d'appel ni devant cette Cour d'arrêts s'appliquant exactement à la situation que nous sommes appelés à examiner. Il y a bien quelques précédents utiles, je les mentionnerai d'ailleurs par la suite, ainsi que certaines dispositions législatives. Pour le principal, toutefois je reprendrai l'opinion exprimée par lord Diplock dans *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*², à la p. 1058:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le *Maître des Rôles* pour déclarer que la question dont nous sommes saisis dans le présent appel «est . . . au fond une question d'ordre public que nous devons, en tant que juges, résoudre».

Le texte législatif qui nous intéresse le plus en l'espèce est la loi intitulée *The Police Act* R.S.O. 1970, c. 351, dont l'al. a) du par. (3) de l'art. 3 est libellé comme suit:

[TRADUCTION] 3. (3) En plus d'accomplir les missions de police énumérées au paragraphe (1), la Sûreté provinciale de l'Ontario doit

a) effectuer des patrouilles de la circulation

(i) sur les routes royales, à l'exclusion des tronçons que désigne le Ministre, et

(ii) sur les voies de raccordement, au sens du *Highway Improvement Act*, que désigne le Ministre:

L'article 46 de cette même loi énonce ce qui suit:

² [1970] A.C. 1004.

² [1970] A.C. 1004.

46. (1) It is the duty of the members of the Ontario Provincial Police Force, subject to this Act and the orders of the Commissioner,

(a) to perform all duties that are assigned to constables in relation to the preservation of the peace, the prevention of crime and of offences against the laws in force in Ontario and the criminal laws of Canada and the apprehension of criminals and offenders and others who may be lawfully taken into custody;

(b) to execute all warrants, perform all duties and services thereunder or in relation thereto that may, under the laws in force in Ontario, be lawfully executed and performed by constables;

(c) to perform all duties that may be lawfully performed by constables in relation to the escort and conveyance of convicts and other prisoners and mentally incompetent persons to and from any courts, places of punishment or confinement, hospitals or other places; and

(d) generally to perform such duties as are from time to time assigned to them by the Commissioner.

(2) Except under an agreement entered into under section 62, the Ontario Police Force shall not be charged with any duties under or in connection with any municipal by-laws.

I emphasize particularly para. (d) of the said s. 46.

It is, I think, apparent, that those two sections do place upon the Provincial Police officers certain specific duties. The question which remains is are those duties alone to their superior officers, the Commissioner, and to the Crown, or are they duties to citizens who might be injured by the non-performance or the negligent performance of those duties.

Schroeder J.A. approached the problem with what I may, with respect, characterize as a forthright and enlightened manner, when he said:

Police forces exist in municipal, provincial, and federal jurisdictions to exercise powers designed to promote the order, safety, health, morals, and general welfare of society. It is not only impossible but inadvisable to attempt to frame a definition which will set definite limits to the powers and duties of police officers appointed to carry out the powers of the state in relation to individuals who come within its jurisdiction and protec-

[TRADUCTION] 46. (1) Sous réserve des dispositions particulières de la présente loi et des ordres du Commissaire, il incombe aux membres de la Sûreté provinciale de l'Ontario

a) d'accomplir toutes les missions qui sont attribuées aux agents de police en vue de conserver la paix, de prévenir le crime et les infractions aux lois en vigueur en Ontario et aux lois pénales du Canada, et d'arrêter les criminels, auteurs d'infraction et autres personnes qui peuvent être légalement mises sous garde;

b) d'exécuter tous les mandats, d'accomplir toutes les missions et fonctions qu'ils prévoient ou qui s'y rattachent, et que les agents de police peuvent légalement exécuter ou accomplir en vertu des lois en vigueur en Ontario;

c) d'accomplir toutes les fonctions que les agents de police peuvent légalement accomplir en vue d'escorter et de conduire les détenus, prisonniers et incapables mentaux aux tribunaux, aux lieux de correction et de détention, aux hôpitaux ou autres endroits et de les en ramener; et

d) d'accomplir en général les fonctions que leur attribue le commissaire.

(2) Sauf dans le cadre d'un accord conclu en vertu de l'art. 62, la Sûreté de l'Ontario n'assume aucune mission se rattachant aux règlements municipaux.

J'insiste particulièrement sur l'al. d) de l'art. 46.

Il est manifeste, selon moi, que ces deux articles imposent certaines obligations spécifiques aux agents de la Sûreté provinciale. Reste à décider si ces obligations existent uniquement envers leurs supérieurs, le Commissaire et la Couronne ou bien s'il s'agit d'obligations qui leur incombent vis-à-vis de citoyens auxquels l'inexécution ou l'exécution négligente de ces fonctions peut causer un préjudice.

Le juge d'appel Schroeder a saisi le problème avec netteté et clairvoyance, si je puis ainsi m'exprimer lorsqu'il a déclaré:

[TRADUCTION] Présentes au niveau municipal, provincial et fédéral, les forces de police exercent des pouvoirs visant à défendre l'ordre, la sécurité, la salubrité, les bonnes mœurs et le bien-être général de la société. Non seulement il est impossible, mais encore il est peu souhaitable d'assigner des limites rigides aux pouvoirs et fonctions des agents de police chargés d'exercer ces pouvoirs à l'égard des particuliers sur lesquels ils ont

tion. The duties imposed on them by statute are by no means exhaustive. It is infinitely better that the courts should decide as each case arises whether, having regard to the necessities of the case and the safeguards required in the public interest, the police are under a legal duty in the particular circumstances.

and then concluded, after reference to certain cases, to the statutory provisions and to the evidence:

Looked upon superficially the passivity of these two officers in the face of the manifest dangers inherent in the inadequately guarded depression across the highway may appear to be nothing more than non-feasance, but in the case of public servants subject not to a mere social obligation, but to what I feel bound to regard as a legal obligation, it was non-feasance amounting to mis-feasance. Traffic officers are subject to all the duties and responsibilities belonging to constables. The duties which I would lay upon them stem not only from the relevant statutes to which reference has been made, but from the common law, which recognizes the existence of a broad conventional or customary duty in the established constabulary as an arm of the State to protect the life, limb and property of the subject.

In *Haynes v. Harwood*³, the Court of Appeal in England allowed recovery by a constable for injuries suffered when he endeavoured to stop runaway horses owned by the defendants and which had run away due to the negligence of the defendants. It was held that the constable was not a mere volunteer and therefore not subject to the limitations on his right of recovery which would apply to a mere volunteer. At p. 162, Maugham L.J. said, speaking of the police:

In my opinion, they are not mere lookers-on when an accident takes place, or seems likely to take place; they have, I think, a discretionary duty to prevent an accident arising from the presence of uncontrolled forces in the street, if they are in a position to do so.

In *Priestman v. Colangelo and another*⁴, this Court was concerned with the liability of a police officer who, in attempting to stop a thief fleeing in

compétence et qu'ils doivent protéger. L'énumération des fonctions que la loi leur impose n'est point limitative. Il vaut infiniment mieux que les tribunaux décident dans chaque affaire qui leur est soumise, compte tenu de l'intérêt public, si la loi impose en l'espèce certaines obligations à la police.

Après s'être référé à certains arrêts, aux dispositions législatives et aux éléments de la preuve il concluait ainsi qu'il suit:

[TRADUCTION] Considérée d'un point de vue superficiel, la passivité des deux agents face au danger manifeste que présentait l'excavation insuffisamment protégée peut sembler être tout au plus une faute par abstention (non-feasance), mais dans le cas de fonctionnaires de l'État qui ne sont pas tenus à une simple obligation sociale, mais à ce que j'estime être une obligation légale, il s'agissait d'une omission équivalant à une exécution fautive (misfeasance). Les agents de la circulation ont les mêmes fonctions et obligations que celles qui incombent aux agents de police. Les obligations que je leur attribuerais découlent non seulement des lois pertinentes dont il a été fait mention, mais aussi de la *common law* qui reconnaît l'existence d'une obligation large, traditionnelle ou coutumière, à charge de la force de police en tant que prolongement de l'État, de protéger la vie, l'intégrité physique et les biens de l'individu.

Dans *Haynes v. Harwood*³, la Cour d'appel d'Angleterre a accordé des dommages-intérêts à un agent de police en réparation des blessures qu'il avait subies en s'efforçant de maîtriser des chevaux qui s'étaient enfuis à cause de la négligence des défendeurs, propriétaires de ces animaux. Il avait été décidé que l'agent de police n'était pas un simple volontaire et, par conséquent, que son droit à réparation n'était pas assujéti aux limites applicables à un simple volontaire. A la p. 162, le juge Maugham déclarait à propos de la police:

[TRADUCTION] A mon avis, les policiers ne sont point de simples spectateurs lorsqu'un accident se produit ou semble sur le point de se produire; ils ont, je crois, une obligation, laissée à leur discrétion, de prévenir un accident découlant de l'action de forces irrésistibles sur la voie publique s'ils sont en mesure de le faire.

Dans *Priestman c. Colangelo et al.*⁴, cette Cour était saisie du problème de la responsabilité d'un agent de police qui, en essayant d'arrêter un voleur

³ [1935] 1 K.B.146.

⁴ [1959] S.C.R. 615.

³ [1935] 1 K.B. 146.

⁴ [1959] R.C.S. 615.

a stolen car shot at the tire of that car with the result that the bullet hit the fleeing driver rendering him unconscious and causing the stolen car to go out of control so that two pedestrians on the sidewalk were killed. Locke J., giving the judgment for the majority of the Court, said at p. 627:

In my opinion, the action of the appellant in the present matter was reasonably necessary in the circumstances and no more than was reasonably necessary, both to prevent the escape and to protect those persons whose safety might have been endangered if the escaping car reached the intersection with Pape Avenue. So far as Priestman was concerned, the fact that the bullet struck Smythson was, in my opinion, simply an accident. As to the loss occasioned by this lamentable occurrence, I consider that no cause of action is disclosed as against the appellant.

In these words, Locke J. enunciated a duty not only to the police officers' superiors to capture the fleeing thief but a duty to persons on the highway to protect them from a well-nigh inevitable tragedy had the fleeing car thief not been stopped.

Cartwright J., as he then was, dissenting, found that the admitted duties of the policeman had been carried out carelessly with regard to the safety of other persons in the area.

I have already referred to *Dorset Yacht Club v. Home Office*⁵. There the Court was concerned with a situation where three officers had been placed in charge of some inmates of a Borstal institution who were on an island nearby a yacht anchorage. The officers retired leaving the inmates unguarded. Seven of them broke out, took a yacht from the basin, damaged it and then collided with another yacht causing it very considerable damage in the collision. It was held, affirming the Court of Appeal, that the Borstal officers owed to the plaintiff yacht owners a duty to take such care as was reasonable in all the circumstances with a view to preventing the boys under their control causing damage to the plaintiffs'

qui s'enfuyait à bord d'une voiture volée, avait tiré un coup de feu en direction d'un pneu de la voiture et avait atteint le conducteur, le rendant inconscient et lui faisant perdre la maîtrise de la voiture volée qui avait tué deux piétons sur le trottoir. Le juge Locke, chargé de rendre le jugement majoritaire de la Cour, avait déclaré à la p. 627:

[TRADUCTION] J'estime que l'action de l'appelant en l'espèce était raisonnablement nécessaire eu égard aux circonstances et n'était pas plus que raisonnablement nécessaire pour empêcher la fuite du voleur et protéger les personnes dont la sécurité aurait été menacée si la voiture volée avait atteint l'intersection avec l'avenue Pape. En ce qui a trait à Priestman, le fait que la balle ait atteint Smythson constitue, à mon avis, un simple accident. Quant aux pertes de vies humaines provoquées par ce lamentable incident, je considère qu'aucun recours ne peut être exercé contre l'appelant.

Dans cet extrait, le juge Locke mentionnait non seulement l'obligation qu'avaient les agents de police envers leurs supérieurs de capturer le voleur en fuite, mais aussi celle qui leur incombait, vis-à-vis des personnes se trouvant sur la chaussée, de les protéger d'une tragédie quasi inévitable si la voiture volée n'avait pu être arrêtée.

Dans sa dissidence, le juge Cartwright, alors juge puîné, estimait que l'obligation mise à charge des policiers avait été exécutée sans se préoccuper de la sécurité des autres personnes présentes.

J'ai déjà mentionné l'affaire *Dorset Yacht Club v. Home Office*⁵, où la cour était saisie d'un cas où trois employés avaient reçu mission de garder des détenus d'une institution Borstal qui se trouvaient sur une île à proximité d'un mouillage pour bateaux. Les gardiens avaient laissé les détenus sans surveillance et sept d'entre eux s'échappèrent, s'emparèrent d'un bateau dans le bassin, l'endommagèrent et entrèrent en collision avec un autre bateau, causant des dégâts considérables aux deux embarcations. Il fut décidé, confirmant sur ce point le jugement de la Cour d'appel, que les gardiens de l'institution avaient envers les propriétaires de bateaux, défendeurs à l'instance, l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable que

⁵ [1970] A.C. 1004.

⁵ [1970] A.C. 1004.

property if that was a happening of which there was a manifest risk if they neglected that duty. In that appeal, the House of Lords was much concerned with the issue arising from the intervening conduct of the boys, intervening in the sense that it operated in time between the negligence of the custodial officers and the damage to the yachts. With that subject, we are not here concerned as we are dealing with negligence of the officers which resulted directly in injury to the plaintiff. There are, however, some portions of the judgment of particular interest and I quote Lord Reid from pp. 1026 and 1027:

The first would at one time have been a strong argument. About the beginning of this century most eminent lawyers thought that there were a number of separate torts involving negligence, each with its own rules; and they were most unwilling to add more. They were of course aware from a number of leading cases that in the past the courts had from time to time recognized new duties and new grounds of action. But the heroic age was over; it was time to cultivate certainty and security in the law; the categories of negligence were virtually closed. The Attorney General invited us to return to those halcyon days, but attractive though it may be, I cannot accede to his invitation.

In later years there has been a steady trend towards regarding the law of negligence as depending on principle so that, when a new point emerges, one should ask not whether it is covered by authority but whether recognised principles apply to it. *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, may be regarded as a milestone, and the well-known passage in Lord Atkin's speech should I think be regarded as a statement of principle. It is not to be treated as if it were a statutory definition. It will require qualification in new circumstances. But I think that the time has come when we can and should say that it ought to apply unless there is some justification or valid explanation for its exclusion.

.....

But I can see nothing to prevent our approaching the present case with Lord Atkin's principles in mind.

commandaient les circonstances pour empêcher les jeunes détenus placés sous leur surveillance d'endommager les biens des demandeurs, chose qui risquait manifestement de se produire s'ils négligeaient leur obligation. En appel, la Chambre des Lords s'est principalement préoccupée de la conduite des détenus dans l'intervalle de temps séparant la négligence des gardiens des dommages causés aux bateaux. Nous ne nous arrêterons pas à cette question puisque ce qui nous intéresse ici, c'est la négligence des agents qui est la cause directe des blessures subies par le demandeur. Toutefois, certaines parties du jugement présentent un intérêt particulier, et je cite le texte de Lord Reid, aux pp. 1026 et 1027:

[TRADUCTION] A une certaine époque, c'eût été un argument de première force. Au début de ce siècle, la majorité des juristes éminents estimaient qu'il y avait un certain nombre de délits civils distincts faisant intervenir la négligence, chaque délit ayant ses propres règles, mais ils étaient peu enclins à en ajouter d'autres. Ils connaissaient évidemment un certain nombre de grands arrêts où les tribunaux avaient reconnu de nouvelles obligations et de nouveaux moyens d'action. Mais l'âge héroïque était, selon eux, du passé, il était temps de consacrer la certitude et la sécurité dans le droit. Les catégories d'actes de négligence étaient virtuellement fermées. Le procureur général nous invite à retrouver ces jours heureux, mais aussi attractive que puisse être cette invitation, je ne puis y accéder.

Par la suite s'est affirmée une tendance constante à considérer le droit de la négligence sous l'angle des principes; c'est-à-dire que chaque fois que se pose un nouveau point de droit, il conviendrait de se demander non plus si les précédents visaient ce cas, mais si des principes reconnus lui étaient applicables. L'affaire *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562 peut être regardée comme le point de départ de cette nouvelle conception; de même y aurait-il lieu de considérer le passage bien connu du jugement de lord Atkin comme une déclaration de principe. Il ne faut point y voir une définition à caractère législatif. Elle devra être précisée dans chaque nouvelle affaire. Mais j'estime que c'est justement le moment où nous pouvons et devrions affirmer qu'il y aurait lieu de l'appliquer sauf s'il existe une raison ou une explication valable justifiant son exclusion.

.....

Mais je ne vois rien en l'espèce qui nous empêche de nous fonder sur les principes posés par Lord Atkin.

Even so, it is said that the respondents must fail because there is a general principle that no person can be responsible for the acts of another who is not his servant or acting on his behalf. But here the ground of liability is not responsibility for the acts of the escaping trainees; it is liability for damage caused by the carelessness of these officers in the knowledge that their carelessness would probably result in the trainees causing damage of this kind.

The situation where the plaintiff was damnified by the negligent performance by an officer of a duty cast upon him by statute or, in fact, by non-performance of it, was also considered in the Court of Appeal in England in *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*⁶. There, it was a duty of a building inspector under the relevant by-laws to inspect, *inter alia*, the foundations for a new house. The inspector, when notified that the trenches were ready, came and he passed the trenches. As it turned out later, the foundation was so defective that the building sank and the owner, who had purchased from the builder, suffered very serious damages. The owner sued the builder and also the Bognor Regis Council. Lord Denning said at p. 392:

In my opinion, the control thus entrusted to the local authority is so extensive that it carries with it a duty. It puts on the council the responsibility of exercising that control properly and with reasonable care. The common law has always held that a right of control over the doing of work carries with it a degree of responsibility in respect of the work.

And at p. 397, he said:

This case is entirely novel. Never before has a claim been made against a council or its surveyor for negligence in passing a house. The case itself can be brought within the words of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*; but it is a question whether we should apply them here. In *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, Lord Reid said, at p. 1023, that the words of Lord Atkin expressed a principle which ought to apply

⁶ [1972] 1 Q.B. 373.

Malgré cela, il a été affirmé que les intimés ne pouvaient avoir gain de cause eu égard au principe général que la responsabilité d'une personne ne peut être engagée à raison des actes d'un tiers qui n'est pas son préposé ou qui n'agit pas pour son compte. Mais, en l'espèce, il n'est pas question de responsabilité pour les actes des fuyards, mais pour le préjudice causé par le manque de diligence des gardiens qui devaient savoir que leur manque de diligence amènerait probablement les détenus à causer un préjudice de ce genre.

La situation dans laquelle l'exécution négligente par un agent d'une obligation que lui imposait la loi ou, en fait, l'inexécution de cette obligation a causé un préjudice au demandeur a également été considérée par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*⁶. Il s'agissait en l'espèce de l'obligation que les règlements imposaient à un inspecteur des bâtiments de vérifier, entre autres choses, les fondations d'une maison neuve. Avisé de l'exécution des tranchées, l'inspecteur s'était rendu sur les lieux et avait examiné les tranchées. Or, comme il fut constaté par la suite, les fondations présentaient de tels défauts que le bâtiment s'affaissa, causant un grave préjudice au propriétaire qui avait acheté la maison au constructeur. Le propriétaire intenta alors une action contre le constructeur et le Conseil de Bognor Regis. Lord Denning déclara à la p. 392:

[TRADUCTION] A mon avis, la mission de contrôle confiée à l'autorité locale est à ce point étendue qu'elle est source d'obligation, elle fait obligation au conseil d'exercer ce contrôle de façon appropriée et avec une diligence raisonnable. La *common law* a toujours considéré qu'un droit de contrôle sur l'exécution de travaux emportait une certaine responsabilité à l'égard de ces travaux.

A la p. 397, il continuait en ces termes:

[TRADUCTION] Cette affaire est entièrement nouvelle, jamais une action pour négligence lors de l'inspection d'une maison n'a été intentée contre un conseil ou un de ses ingénieurs. On peut lui appliquer les commentaires de Lord Atkin dans *Donoghue v. Stevenson*. Mais il s'agit de savoir s'il y a lieu de le faire en l'espèce. Dans *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, lord Reid a déclaré, à la p. 1023, que Lord

⁶ [1972] 1 Q.B. 373.

in general "unless there is some justification or valid explanation for its exclusion." So did Lord Pearson at p. 1054. But Lord Diplock spoke differently. He said it was a guide but not a principle of universal application (p. 1060). It seems to me that it is a question of policy which we, as judges, have to decide. The time has come when, in cases of new import, we should decide them according to the reason of the thing.

And further at p. 398:

Finally I ask myself: If we permit this new action, are we opening the door too much? Will it lead to a flood of cases which neither the council nor the courts will be able to handle? Such considerations have sometimes in the past led the courts to reject novel claims. But I see no need to reject this claim on this ground. The injured person will always have his claim against the builder. He will rarely allege—and still less be able to prove—a case against the council.

Stamp L.J. said at p. 411:

Persons who might become the purchaser of a house built upon an insecure foundation are in my judgment so closely and directly affected by the act of a local authority in passing or refusing to pass the foundations as secure, that the authority ought reasonably to have them in contemplation as being affected when the local authority applies its mind to question whether it should or should not do so. It is common ground that the defects in the foundations in the instant case were, as they were bound to be, concealed: and no reasonable inspection of the property by any purchaser would disclose the defects, which could only become manifest as the foundations started to settle: and unless the local authority was carrying out an academic exercise, for what other purpose, except primarily to protect future owners of the house, was the exercise performed? And if this case does not fall precisely within any other authority, the court must have in mind what Lord Macmillan said in a much cited passage in his speech in *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, 619:

The grounds of action may be as various and manifold as human errancy; and the conception of legal responsibility may develop in adaptation to altering social conditions and standards. The criterion of judgement must adjust and adapt itself to the changing circum-

Atkin exprimait un principe qu'il convenait d'appliquer en général «sauf dans les cas où existait une raison ou une explication valable justifiant son exclusion». Lord Pearson s'est exprimé dans les mêmes termes à la p. 1054. Mais Lord Diplock estimait qu'il s'agissait d'un repère et non d'un principe d'application universelle (p. 1060). Pour ma part, il me semble qu'il s'agit là d'une question de principe que nous juges devons trancher. Il nous faut, dans ces affaires qui prennent une importance nouvelle, statuer en fonction du mobile de chaque acte.

Un peu plus loin à la p. 398:

[TRADUCTION] Pour terminer, je me demande: Ouvrons-nous la porte trop grande en autorisant cette nouvelle action? Serons-nous submergés d'affaires que ni le conseil ni les tribunaux ne pourront régler? Ces considérations ont parfois amené les tribunaux par le passé à rejeter des demandes nouvelles. Mais je ne vois aucune raison de rejeter la présente demande pour ce motif. La personne lésée pourra toujours faire valoir son droit contre le constructeur. Plus rarement, pourra-t-elle actionner le conseil et moins encore faire la preuve de bien-fondé de sa demande à son encontre.

Le lord juge Stamp a déclaré à la p. 411:

[TRADUCTION] Les personnes qui viendraient à acheter une maison assise sur des fondations peu sûres sont, à mon sens, à ce point immédiatement et directement lésées par la décision d'une autorité locale d'approuver ou de refuser d'approuver comme sûres les fondations que l'autorité aurait dû raisonnablement les avoir à l'esprit comme lésées lorsqu'elle se demande si elle doit donner ou refuser son approbation. Certes, en l'espèce, il était constant que les vices dont étaient affectées les fondations étaient, comme il fallait s'y attendre, cachés. Un acheteur ne pouvait, en procédant à un examen raisonnable du bâtiment, découvrir ces vices qui ne se manifesteraient qu'au moment où les fondations commenceraient à prendre leur assiette. A moins qu'il ne s'agisse que d'un exercice théorique, pour quel autre motif—si ce n'est principalement pour protéger les futurs propriétaires—la municipalité exercerait-elle ce contrôle? Et même si cette affaire n'est pas exactement comparable à d'autres qui ont été jugées, le tribunal doit se rappeler ce que Lord Macmillan a déclaré dans un passage souvent cité de son jugement dans *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, 619:

La diversité et la multiplicité des moyens d'action n'ont d'autres limites que celles des errements de la nature humaine. Le concept de la responsabilité légale peut évoluer pour s'adapter aux changements qui affectent la société et ses normes. Le critère de juge-

stances of life. The categories of negligence are never closed.

If, in the instant case, the defendant council ought reasonably to have had one in the position of the plaintiff in contemplation, as one who might be injured by what it did, I ask the rhetorical question, why should not the local authority be liable to the plaintiff for the injury which she has suffered?

Applying these expressions of the modern view of liability to the facts of the present case, I point out that s. 3(3) of *The Police Act* makes it mandatory that the Ontario Provincial Police maintain a traffic patrol and, with respect, I agree with Schroeder J. A. when he said:

There is a definite purpose in requiring the police to patrol the highways under their jurisdiction, namely, to ensure that traffic laws will be obeyed, to investigate road accidents, and to assist injured persons. All this is directed to the prevention of accidents and the preservation of the safety of road users.

I have the same view as to the duty of a police officer under the provision of the said s. 3(3) of *The Police Act* in carrying out police traffic patrol. In my opinion, it is of the essence of that patrol that the officer attempt to make the road safe for traffic. Certainly, therefore, there should be included in that duty the proper notification of possible road users of a danger arising from a previous accident and creating an unreasonable risk of harm.

In the present case, we have a very dangerous piece of construction entailing a deep trench right across the road and that construction had been most adequately guarded by the construction companies involved by the erection of a series of signs. These signs, five in number, north of the trench across the road, culminated in a very large sign some seven feet square with a flashing light over it. That sign alone stood in the centre of the highway. All the others were off on the right hand shoulder or in the ditch. It was that sign which not only stood in the centre of the road, and to all purposes

ment doit se régler sur les circonstances changeantes de la vie et s'y adapter. Les diverses sortes de négligence ne sont jamais définitivement figées.

Si, dans le cas qui nous occupe, le conseil défendeur aurait dû raisonnablement avoir à l'esprit quelqu'un dans la position de la demanderesse comme une personne pouvant être lésée par ce qu'il a fait, je pose la question suivante: Pourquoi l'autorité locale ne serait-elle pas responsable envers la demanderesse du préjudice qu'elle a subi?

Faisant application de ces propositions novatrices en matière de responsabilité aux faits de la cause qui nous intéresse, je ferai remarquer que le par. (3) de l'art. 3 du *Police Act* oblige la Sûreté provinciale de l'Ontario à surveiller la circulation routière et, sur ce point, je me rallie à l'opinion du juge d'appel Schroeder:

[TRADUCTION] Il y a une raison bien précise d'obliger la police à assurer la surveillance des routes qui se trouvent dans leur ressort, notamment celle de faire respecter les règlements de la circulation, de faire enquête en cas d'accidents de la circulation et de porter secours aux victimes d'accident. Toutes ces actions concourent à la prévention des accidents et à la protection des usagers de la route.

Je suis d'avis que ce sont bien ces obligations que le par. (3) de l'art. 3 de cette Loi impose à un agent de police effectuant une patrouille routière. A cette fin, il est essentiel que l'agent de police essaie de rendre les routes sûres pour la circulation, ce qui met certainement à la charge du policier l'obligation de prendre les mesures qui s'imposent pour avertir les éventuels usagers de la route de tout danger découlant d'un accident antérieur et créant un risque déraisonnable de préjudice.

En l'espèce, nous nous trouvons devant un chantier dangereux, constitué par une tranchée profonde creusée en travers de la route, que les sociétés de construction responsables ont convenablement signalée par la mise en place d'une série de panneaux, au nombre de cinq, installés au nord de la tranchée. Un dernier panneau, de grande dimension, de sept pieds de côté, couronné par un feu, se trouvait placé seul au milieu de la route. Tous les autres étaient fixés sur l'accotement droit ou dans le fossé. Le panneau placé au milieu de la chaussée bloquait la circulation et

blocked traffic down the centre of that road but which pointed the direction which the motorists should drive in order to follow the detour. It was these two great signs, both the northerly one which faced the plaintiff as he drove south on highway No.9 and the southerly one which, although facing away from him, must have stood high up and been very visible, which were knocked down in the first accident. It was these two signs which no police officer made any attempt to replace. Although Constable Thackery, when he first arrived, instantly and with no difficulty, guarded those on the highway from a second accident by placing his cruiser some 150 feet north of the culvert with a flashing light and having a passing motorist also flash a light stopping traffic coming north from south of the detour, and although Corporal Johnston was there from 1:44 a.m. to 3:01 a.m. surrounded by cruisers with flashing lights, and wrecking cars with flashing lights, he left the site at 3:01 a.m. and only indicated the accident and the lack of the large warning signs by a few feeble flares which had been burned out by 3:15 a.m. There were at least several officers whom Corporal Johnston could have left in place and whose cruisers with the flashing lights would have provided adequate warning for any traveller on the road. It would have taken only a few moments' work to have stood the two large signs up on their pedestals and there would be nothing to indicate that the result would not be as good warning as before they were knocked down. Had he even chosen to notify the Highway Department when he first arrived, then, as I have already pointed out in all probability the signs would have been re-erected and in operation long before the plaintiff arrived.

It is, of course, true that the plaintiff was not without negligence himself. The learned trial judge found that he was fifty per cent at fault. That was affirmed in the Court of Appeal and there had been no cross-appeal by the respondent who simply requests that the appeal be dismissed with costs affirming the judgement of the Court of Appeal. As I have indicated, I would so dismiss the appeal as to the defendants J. Bruce Johnston and Commissioner Silk.

indiquait aux automobilistes la déviation à suivre. Ces deux grands panneaux, l'un placé au nord de l'excavation et faisant face au demandeur, l'autre au sud et lui tournant le dos, auraient dû être debout et être nettement visibles, mais ils avaient été renversés lors du premier accident. C'étaient également ces deux panneaux que les agents de police n'ont pas tenté de remettre en place. Même si l'agent Thackery, arrivé le premier sur les lieux, a immédiatement et facilement pris les mesures nécessaires pour éviter un autre accident en plaçant sa voiture, clignotant en marche, à environ 150 pieds au nord du ponceau et en chargeant un automobiliste qui passait d'arrêter à l'aide d'une lampe les véhicules roulant du nord vers le sud et même si le caporal Johnston se trouvait sur les lieux de 1 h 44 a.m. à 3 h 01 a.m., entouré de voitures de police et de camions de dépannage, clignotants en marche, force nous est de constater qu'il a quitté les lieux de l'accident en n'y laissant, pour signaler la survenance de l'accident et l'absence des grands panneaux indicatifs de danger, que quelques feux de Bengale peu puissants qui se sont éteints vers les 3 h 15 a.m. Plusieurs agents auraient pu rester sur les lieux si le caporal Johnston l'avait ordonné et leurs voitures avec le clignotant en marche auraient suffi à prévenir les usagers de la route du danger qu'ils couraient. Il n'aurait fallu que peu de temps et d'effort pour remettre sur pieds les panneaux et rien n'indique qu'ils n'auraient plus assuré le rôle préventif qui était le leur avant qu'ils fussent renversés. De plus, si le caporal Johnston avait choisi de prévenir le ministère de la Voirie dès son arrivée sur les lieux, il est très probable, comme je l'ai déjà mentionné, que les panneaux auraient été remis en place bien avant l'arrivée du demandeur.

Certes, il est vrai qu'il y a eu également négligence de la part du demandeur. Le savant juge de première instance a fixé à cinquante pour cent sa part de responsabilité, décision que la Cour d'appel a confirmée et contre laquelle ne s'est pas pourvu l'intimé qui demande simplement le rejet de l'appel avec dépens et la confirmation du jugement de la Cour d'appel. Ainsi que je l'ai indiqué, je suis d'avis de rejeter l'appel en ce qui a trait aux défendeurs J. Bruce Johnston et le Commissaire Silk.

In my view, however, upon the facts, Constable Thomas Boyd is in a different position. Constable Boyd had been patrolling north of Harriston when he was directed to attend the scene of an accident on County Road No.10 at Rothsay some fourteen miles south of the scene of the accident with which we are concerned. He received such directions about 3:00 a.m. and proceeded at once south on No.9 past the scene of the accident with which we are concerned which, of course, was also the scene of this previous Blancke accident. Constable Boyd was aware that at that site had been the serious Blancke accident and he was aware that it had been taken care of by his fellow officers. He knew he had duties to perform fourteen miles south of there, at the scene of another accident which was said to be one involving property damage only but which, in fact, turned out to be concerned with minor physical injuries. It is true that Constable Boyd noticed that the large sign was down but Boyd would have had no means of knowing that the Highway Department crew were not expected momentarily to do the repair work. He knew that his superior had been in charge of the investigation and police work at that accident and I am of the opinion that he rightly left to his superior officer the task of taking the necessary steps to protect traffic. I would dismiss the action against him under the circumstances without costs.

In the result, therefore, I would allow the appeal of Thomas Boyd without costs and dismiss the appeal of J. Bruce Johnston and Eric Silk with costs. As to the original defendant Glenn O'Rourke, the action against him was, of course, dismissed with the others by the learned trial judge.

In the Court of Appeal, paragraph 2 of the formal judgment allows judgment only against the defendant J. Bruce Johnston, Thomas Boyd and Eric Silk and therefore, the trial judgment which dismissed the action against the defendant O'Rourke remained undisturbed. No disposition of the costs in Schacht's appeal against O'Rourke was made by the Court of Appeal for Ontario. Although the appellants in this Court purport to appeal on behalf of the defendant O'Rourke as being one of the appellants, the action having been

Par contre, j'estime en me fondant sur les faits, que l'agent Thomas Boyd se trouve dans une situation différente. L'agent Boyd patrouillait au nord d'Harriston lorsqu'il reçut l'ordre de se rendre sur les lieux d'un autre accident survenu sur la route rurale 10, à Rothsay, à quatorze milles environ au sud de l'accident qui nous concerne. Il reçut cet ordre vers 3 h 00 a.m., prit immédiatement la route 9 en direction du sud et passa devant l'endroit où s'était produit l'accident qui nous concerne ainsi que celui de Blancke. Boyd était au courant du grave accident survenu à Blancke et il savait aussi que ses collègues s'en étaient occupés. Il savait qu'il devait se rendre à quatorze milles au sud de cet endroit pour constater un autre accident qui était censé n'avoir entraîné que des dégâts matériels, mais qui avait aussi provoqué de légères blessures. Il est vrai que l'agent Boyd avait remarqué le grand panneau couché dans l'excavation, mais il n'avait aucun moyen de savoir qu'une équipe du ministère de la Voirie ne se trouverait pas rapidement sur les lieux pour effectuer les réparations nécessaires. Il savait que son chef avait été chargé de l'enquête et de l'intervention de la police pour cet accident et je suis d'avis qu'il a à juste titre laissé à son supérieur le soin de prendre les mesures que commandait la protection de la circulation routière. Je suis d'avis de rejeter l'action engagée à son encontre sans dépens.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel de Thomas Boyd sans dépens et de rejeter avec dépens ceux de J. Bruce Johnston et d'Eric Silk. Quant au défendeur original Glenn O'Rourke, l'action exercée à son encontre avait évidemment été rejetée avec les autres par le savant juge de première instance.

A l'alinéa 2 de son jugement formel, la Cour d'appel n'accueille l'appel qu'à l'encontre des défendeurs J. Bruce Johnston, Thomas Boyd et Eric Silk et, par conséquent, le jugement de première instance qui a rejeté l'action contre le défendeur O'Rourke est resté inchangé. Lors de l'appel interjeté par Schacht contre O'Rourke, la Cour d'appel de l'Ontario n'a adjugé aucun dépens. Bien que les appelants devant cette Cour donnent à entendre qu'ils forment un pourvoi au nom du défendeur O'Rourke en tant qu'un des appelants,

dismissed against him and that dismissal confirmed in the Court of Appeal, the only subject matter of an appeal by O'Rourke could be for the failure to award costs in the Court of Appeal.

I would make no order as to the costs of O'Rourke in either this Court or the Court of Appeal for Ontario.

The judgment of Martland, Judson and Pigeon JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—The respondent, who is the plaintiff in this action, claimed damages in respect of personal injuries which he sustained as a result of an accident which occurred while he was driving his automobile in a southerly direction on Ontario Highway No. 9, at about 3:45 a.m., on Sunday, October 12, 1969, about a mile or two south of Harriston. At that point there was an excavation across the highway where a culvert was being installed. Traffic was diverted by way of a detour around the excavation, which, for south bound traffic, involved a gradual curve to the right so as to skirt the excavation.

The respondent sued Her Majesty The Queen, in the right of the Province of Ontario, represented by the Minister of Highways, Cox Construction Limited, the contractor which was installing the culvert, Glenn O'Rourke, J. Bruce Johnston and Thomas Boyd, three members of the Ontario Provincial Police, and Eric Silk, the Commissioner of the Ontario Provincial Police. Third party proceedings were taken as against Cox Construction Limited and Wallace Construction Limited. The action against all defendants, save those connected with the Ontario Provincial Police, and the third party proceedings were dismissed by consent at the commencement of the trial.

At the time of the accident it was dark, but visibility was not impaired by rain, snow or fog. The road surface was dry. After leaving Harriston the respondent had to pass the following signs located on the right shoulder of the road:

l'action ayant été rejetée contre lui et ce rejet confirmé par la Cour d'appel, O'Rourke ne pourrait en appeler que de l'omission d'adjuger des dépens en Cour d'appel.

Je suis d'avis de ne pas faire d'adjudication quant aux dépens d'O'Rourke en cette Cour ni en Cour d'appel de l'Ontario.

Le jugement des juges Martland, Judson et Pigeon a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—L'intimé, le demandeur dans la présente action, a réclamé des dommages-intérêts en réparation du préjudice corporel qu'il a subi à la suite d'un accident survenu le dimanche 12 octobre 1969, vers 3 h 45, à environ un ou deux milles au sud de la ville de Harriston, alors qu'il conduisait son automobile dans la direction sud sur la route provinciale ontarienne N° 9. Il y avait à cet endroit, en travers de la route, une excavation faite en vue de l'installation d'un ponceau. La circulation était détournée de l'autre côté de l'excavation par une déviation qui, pour la circulation roulant en direction sud, se traduisait par une légère courbe vers la droite qui contournait l'excavation.

L'intimé a intenté une action contre Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Ontario, représentée par le ministre de la Voirie, contre Cox Construction Limited, l'entrepreneur chargé de l'installation du ponceau, contre trois membres de la Sûreté provinciale de l'Ontario, MM. Glenn O'Rourke, J. Bruce Johnston et Thomas Boyd, et contre Eric Silk, le commissaire de la Sûreté provinciale de l'Ontario. Des procédures de mise en cause ont été instituées à l'égard de Cox Construction Limited et de Wallace Construction Limited. A l'ouverture de l'instruction, l'action intentée contre tous les défendeurs, à l'exception de ceux qui sont rattachés à la Sûreté provinciale de l'Ontario, de même que les procédures de mise en cause ont été rejetées de consentement.

Il faisait noir au moment de l'accident, mais la visibilité n'était pas diminuée par la pluie, la neige ou le brouillard. La chaussée était sèche. Après avoir quitté Harriston, l'intimé devait croiser les panneaux suivants installés sur l'accotement droit de la route:

- | | |
|---|---|
| <p>(1) a sign located just outside Harriston which indicated that the road ahead was under construction, followed by a "project sign" giving the name of the contractor and the contract number;</p> <p>(2) a sign which read, in black lettering on a yellow reflectorized background, "CULVERT UNDER CONSTRUCTION ½ MILE AHEAD" and which measured three feet by six feet;</p> <p>(3) a sign which read, in black lettering on a yellow reflectorized background, "CULVERT UNDER CONSTRUCTION ¼ MILE AHEAD" and which measured three feet by six feet;</p> <p>(4) a sign which read, in black lettering on a yellow reflectorized background, "DETOUR 1000 FT." and which measured four feet by four feet;</p> <p>(5) a sign with a flashing light attached to it, located approximately 150 feet from the beginning of the detour around the construction site, part of which sign indicated the direction of the detour by means of a black arrow on a yellow background, and part of which indicated the maximum speed allowed and read, in black letters on a white background, "MAXIMUM 20".</p> | <p>(1) un panneau situé juste à l'extérieur des limites de la ville de Harriston indiquant que la route était en construction, suivi d'un autre «panneau projet» indiquant le nom de l'entrepreneur et le numéro du contrat;</p> <p>(2) un panneau de trois pieds sur six portant, en lettres noires sur fond jaune réfléchissant, l'inscription «CONSTRUCTION D'UN PONCEAU À UN DEMI-MILLE»;</p> <p>(3) un panneau de trois pieds sur six portant, en lettres noires sur fond jaune réfléchissant, l'inscription «CONSTRUCTION D'UN PONCEAU À UN QUART DE MILLE»;</p> <p>(4) un panneau de quatre pieds sur quatre portant, en lettres noires sur fond jaune réfléchissant, l'inscription «DÉVIATION—1000 PIEDS»;</p> <p>(5) un panneau surmonté d'un feu clignotant, situé approximativement à 150 pieds de l'endroit où commençait la déviation qui contournaient le chantier de construction; une partie de ce panneau portait une flèche noire sur fond jaune indiquant la direction de la déviation tandis que l'autre partie indiquait la vitesse maximale permise et portait, en lettres noires sur fond blanc, l'inscription «MAXIMUM 20».</p> |
|---|---|

Around the excavation in the road, on the left hand side of the detour, hazard markers had been placed beginning immediately north of the excavation. An examination of the photograph, Ex. 3C, indicates that the first of these is in line with the line of the right hand side of the road prior to the commencement of the detour. These markers consisted of one foot by three foot plates upon which were painted diagonal stripes. These markers were placed on stands and are described as being "shoulder high".

Notwithstanding the existence of all these various warnings as to the presence of the culvert, the respondent failed to turn on to the detour and

Autour de ladite excavation, sur le côté gauche de la déviation, des panneaux indicatifs de danger avaient été placés en partant du point immédiatement au nord de l'excavation. Un examen de la photographie, pièce 3C, indique que le premier de ces panneaux indicatifs est en ligne avec la ligne démarquant le côté droit du chemin qui précède le début de la déviation. Ces panneaux indicatifs consistaient en des plaques d'un pied sur trois sur lesquelles étaient peintes des bandes diagonales. Ces panneaux indicatifs étaient placés sur des supports et venaient, d'après leur description, «à hauteur d'épaule».

Malgré l'existence de toutes ces indications signalant la présence du ponceau, l'intimé ne s'est pas engagé sur la déviation et a plongé directement

drove directly into the excavation. In so doing he must have driven to the left of the hazard markers mentioned above.

Prior to the occurrence of the respondent's accident, on the night in question, there had been placed at each end of the excavation, facing north and south respectively, two additional signs, seven feet by seven feet, in the middle of the road and adjacent to the excavation, consisting of a yellow background alternating yellow and black twelve-inch squares with a black arrow, which, in the case of the sign facing north, pointed to the west side of the road. Each sign had a flashing light attached to the top. Both of these signs had been knocked down and damaged, at about 12:30 a.m. on October 12, by a south bound vehicle driven by one Blancke. They had not been repaired and replaced at the time the respondent's accident occurred.

The learned trial judge, while dismissing the action as against the remaining defendants, also found that, if there had been a duty of care owed by the police officers, he would have apportioned the responsibility as to 50 per cent to the respondent, 40 per cent to the appellant Johnston, 10 per cent to the appellant Boyd, and nil to Constable O'Rourke. He would have held the appellant Silk liable for the negligence of Johnston and Boyd.

The legal responsibility of the appellant Silk is defined in s. 47 of *The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351, which provides:

47. (1) The Commissioner is liable, in respect of torts committed by members of the force in the performance or purported performance of their duties, in like manner as a master is liable in respect of torts committed by his servants in the course of their employment, and shall in respect of any such torts be treated for all purposes as a joint tortfeasor.

(2) The Treasurer of Ontario shall pay out of the Consolidated Revenue Fund,

(a) any damages awarded against the Commissioner in any proceeding brought against him by virtue of this section and any costs incurred by him in any such proceeding so far as not recovered by him in the proceedings; and

dans l'excavation. Pour ce faire, il a dû rouler à gauche des panneaux indicatifs de danger susmentionnés.

Dans la nuit en question, avant que ne se produise l'accident impliquant l'intimé, deux autres panneaux de sept pieds sur sept avaient été posés à chaque extrémité de l'excavation, l'un faisant face au nord et l'autre au sud; ceux-ci étaient situés au milieu de la route et à proximité de l'excavation. Ces derniers panneaux à fond jaune portaient des carreaux alternatifs jaunes et noirs de douze pouces, de même qu'une flèche noire qui, sur le panneau faisant face au nord, pointait vers le côté ouest de la route. Chaque panneau était surmonté d'un feu clignotant. Le 12 octobre, vers 0 h 30, ces deux panneaux avaient été renversés et abimés par un véhicule roulant en direction sud et conduit par un dénommé Blancke. Ces panneaux n'avaient pas été réparés ni remis en place au moment où est survenu l'accident impliquant l'intimé.

Le savant juge de première instance, même s'il a rejeté l'action intentée contre les autres défendeurs, a toutefois été d'avis que si les agents de police avaient eu une obligation de diligence à rencontrer, il aurait évalué la responsabilité de l'intimé à 50 pour cent, celle de l'appellant Johnston à 40 pour cent, celle de l'appellant Boyd à 10 pour cent et celle de l'agent O'Rourke à néant. Il aurait tenu l'appellant Silk responsable de la négligence de Johnston et de Boyd.

La responsabilité civile de l'appellant Silk est définie à l'art. 47 de la loi intitulée *The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351, qui prévoit:

[TRADUCTION] 47. (1) Le commissaire répond des délits civils que commettent les membres de la Sûreté dans l'accomplissement effectif ou présumé de leurs fonctions au même titre qu'un commettant répond de ceux que ses préposés commettent dans le cadre de leur emploi et il est, à l'égard de ces délits, considéré comme coauteur.

(2) Le Trésorier de l'Ontario impute sur le Fonds du revenu consolidé

a) les dommages-intérêts adjugés contre le commissaire dans toute procédure engagée à son encontre en vertu du présent article ainsi que les frais qu'il a exposés au cours de cette procédure et qu'il n'a pas recouverts; et

(b) subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council, any sum required in connection with the settlement of any claim made against the Commissioner by virtue of this section.

The Court of Appeal found the appellants Johnston, Boyd and Silk responsible to the respondent and in the proportions indicated by the trial judge. From that judgment these appellants and O'Rourke appealed to this Court. There was no cross-appeal by the respondent in respect of the liability of O'Rourke.

I agree with my brother Spence in finding there was no liability on the part of the appellant Boyd. Accordingly, I need consider only the liability of the appellant Johnston. The liability of the appellant Silk depends upon whether or not Johnston is held to be liable as having committed a tort against the respondent.

Liability is sought to be imposed upon the appellant Johnston in light of the following circumstances. He had completed his day's shift on Saturday, October 11, at midnight. He was called out from his residence on the Sunday morning at 1:20 to attend at the scene of the Blancke accident, and arrived there about 1:44 a.m. When he arrived Constable O'Rourke and another member of the Ontario Provincial Police were present and, also, two policemen from Harriston. He supervised the investigation of the accident, took photographs and assisted in taking measurements. He observed the signs which had been knocked down and saw that they were damaged. He remained until about 3:01 a.m., when the Blancke vehicle was towed away. O'Rourke left the scene of the accident before he did. O'Rourke, before departing, on Johnston's instructions, notified his detachment office that the signs were down. Johnston, before departure, left flares burning at each end of the culvert site, but these would only burn for about 15 minutes.

Corporal Johnston returned to the scene of the accident at about 3:52 a.m. to look for the lens cap of his camera, which he had lost. He then discovered the respondent, in his vehicle, which was in the culvert site. He took the respondent to hospital.

b) sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, toute somme requise pour régler une demande en indemnisation formée contre le commissaire en vertu du présent article.

La Cour d'appel a déclaré les appelants Johnston, Boyd et Silk responsables à l'égard de l'intimé dans la proportion déterminée par le juge de première instance. Les appelants ainsi que O'Rourke ont interjeté appel de cette décision à cette Cour. L'intimé n'a formulé aucun appel incident concernant la responsabilité de O'Rourke.

A l'instar de mon collègue M. le juge Spence, je suis d'avis que la responsabilité de l'appellant Boyd ne peut être retenue. Par conséquent, seule la responsabilité de l'appellant Johnston est à considérer. La responsabilité de l'appellant Silk ne sera engagée que si Johnston est tenu responsable d'avoir commis un délit civil à l'égard de l'intimé.

On cherche à imposer une responsabilité à l'appellant Johnston en raison des circonstances suivantes. Le samedi 11 octobre, il avait terminé son poste de jour à minuit. Le dimanche matin à 1 h 20, il quittait sa demeure ayant été appelé sur les lieux de l'accident impliquant Blancke. Il y arriva vers 11 h 44. L'agent O'Rourke et un autre membre de la Sûreté provinciale de l'Ontario ainsi que deux policiers de Harriston étaient déjà sur les lieux. Il a dirigé l'enquête de l'accident, il a pris des photographies et il a aidé au mesurage. Il a remarqué que les panneaux avaient été renversés et endommagés. Il est demeuré sur les lieux jusque vers 3 h 01 lorsque l'automobile de Blancke a été remorquée. O'Rourke quitta les lieux avant lui. Avant de partir et comme le lui avait demandé Johnston, O'Rourke informa le bureau de son détachement que les panneaux étaient renversés. Avant son départ, Johnston installa des feux de Bengale à chaque extrémité de l'excavation, mais ces feux avaient une durée de fonctionnement d'une quinzaine de minutes seulement.

Le caporal Johnston revint sur les lieux de l'accident vers 3 h 52 dans le but de retrouver le protège-objectif de son appareil photographique qu'il avait perdu. C'est alors qu'il découvrit dans l'excavation l'intimé qui était à l'intérieur de son automobile. Il conduisit l'intimé à l'hôpital.

Employees of the Department of Highways, in response to the information they had received; attended at the culvert site and had re-erected the two large signs by 4:11 a.m.

Johnston's conduct was severely criticized by the courts below. It has been suggested that he should have notified his detachment more promptly than he did about the fact that the two signs were down; that he might have placed the large signs back in position; and that he should have had somebody remain at the scene of the accident until the signs were re-erected so as to warn motorists of the hazard on the road. With respect, I feel that these criticisms have been largely based upon hindsight, with knowledge that an accident did occur after Johnston's departure. It seems to have been assumed that the absence of the large sign adjacent to the culvert deprived the respondent of reasonable warning of the existence of the excavation for the culvert, yet it is implicit in the finding of negligence on the part of the respondent for failure to keep a proper lookout that he did have reasonable warning which he failed to observe.

Johnston's conduct has to be considered in light of the fact that he had been called out to investigate an accident (the Blancke accident) which had resulted in the death of the passenger in that vehicle. It is not unnatural that his first concern was with that accident. He did cause his detachment to be notified regarding the signs before his departure.

There is no evidence that the signs could have been placed back in position. The evidence of Thackeray, the policeman from Harriston, who arrived first after the Blancke accident, and who was a witness for the respondent, is that the sign in question was "laying in pieces".

The failure to have someone remain at the site of the accident must be judged in light of the fact that even with the large sign gone a south bound motorist on the highway was given repeated warnings of the existence of the culvert construction and was told, when about 150 feet away from the

Réagissant aux indications reçues plus tôt, les employés du ministère de la Voirie se rendirent sur les lieux de l'excavation et à 4 h 11, les deux grands panneaux étaient redressés.

La conduite de Johnston a été sévèrement critiquée par les cours d'instance inférieure. On était d'avis qu'il aurait dû informer plus rapidement son détachement que les deux panneaux avaient été renversés; qu'il aurait dû lui-même remettre en place les grands panneaux; et qu'il aurait dû voir à ce que quelqu'un demeure sur les lieux de l'accident jusqu'à ce que les panneaux soient redressés afin d'avertir les automobilistes du danger que comportait cette route. Avec respect, ces critiques me semblent surtout rétrospectives en ce qu'elles sont formulées alors que l'on sait qu'un accident est survenu après le départ de Johnston. On aurait supposé que l'absence d'un grand panneau à proximité du ponceau a privé l'intimé d'un avertissement raisonnable de l'existence de l'excavation. Malgré tout, il ressort implicitement de la conclusion établissant la négligence de l'intimé pour son manque de diligence qu'il a effectivement reçu un avertissement raisonnable dont il n'a pas tenu compte.

Il convient d'examiner la conduite de Johnston à la lumière du fait qu'il a été appelé pour enquêter sur un accident (celui impliquant Blancke) qui avait causé la mort d'un des passagers du véhicule. Il est normal qu'il devait d'abord s'occuper de cet accident. Avant son départ, il fit en sorte que son détachement soit informé de l'état desdits panneaux.

Rien ne démontre que ces panneaux auraient pu être remis en position. Le témoignage de Thackeray, le policier de Harriston qui était le premier arrivé sur les lieux de l'accident impliquant Blancke et que l'intimé a convoqué comme témoin, est à l'effet que le panneau en question [TRADUCTION] «gisait par terre en morceaux».

L'omission d'avoir laissé quelqu'un sur les lieux de l'accident doit être jugé à la lumière du fait que, malgré la disparition du grand panneau, un automobiliste roulant en direction sud était averti à maintes reprises de la construction du ponceau, et à environ 150 pieds du ponceau, il y avait même

culvert, by a sign equipped with a flashing light, about the route of the detour and that speed should be cut to 20 miles an hour. Ahead of such a motorist, at the site of the culvert, were the markers indicating the left hand boundary of the detour. Any south bound motorist, exercising reasonable care in the control of his vehicle, would not have been placed in a position of peril because the large sign was not in position.

The learned trial judge, while holding that the police had failed to exercise reasonable care in the circumstances, went on to hold that this did not involve liability on their part because they owed no legal duty of care to the respondent. He pointed out that no case had been cited to him which held that a police officer could be made liable for negligent failure to perform a duty entrusted to him, other than the case of *Millette et al. v. Cote et al.*⁷, in which a police constable, and, through him, the Commissioner of the Ontario Provincial Police, had been held liable. Subsequent to the judgment of the trial judge in the present case, the constable and the Commissioner in the *Millette* case appealed successfully to the Court of Appeal, which held that no causal connection between the acts complained of and the happening of the accident had been established ([1972] 3 O.R. 224). The Court specifically refrained from determining whether or not a legal duty existed. That case was appealed to this Court and the judgment of the Court of Appeal on this point was affirmed.

The Court of Appeal in the present case found that there was a statutory duty resting upon the police officers to maintain a traffic patrol by virtue of s. 3(3) of *The Police Act*. That subsection provides as follows:

(3) The Ontario Provincial Police Force, in addition to performing the policing services prescribed in subsection 1, shall,

(a) maintain a traffic patrol,

- (i) on the King's Highway, except such portions thereof as are designated by the Minister, and
- (ii) on such connecting links, within the meaning of *The Highway Improvement Act*, as are designated by the Minister;

⁷ [1971] 2 O.R. 155.

un panneau surmonté d'un feu clignotant indiquant le sens de la déviation et la vitesse de 20 milles à l'heure. Et en avant de cet automobiliste, à l'emplacement du ponceau, des panneaux indicatifs bordaient le côté gauche de la déviation. L'absence du grand panneau n'aurait pas mis en danger l'automobiliste roulant en direction sud et faisant preuve d'une diligence raisonnable au volant de son véhicule.

Le savant juge de première instance, tout en décidant que la police n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable dans les circonstances, a aussi décidé que ce fait n'engageait pas sa responsabilité puisqu'elle n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimé. Il a souligné qu'aucun précédent ne lui avait été cité où un policier pouvait être tenu responsable du fait d'avoir omis négligemment d'accomplir une fonction qui lui avait été confiée, à l'exception de l'affaire *Millette et al. v. Côté et al.*⁷, où un agent de police et, par conséquent, le commissaire de la Sûreté provinciale de l'Ontario, avaient été tenus responsables. Postérieurement au jugement de première instance dans la présente affaire, l'agent et le commissaire en cause dans l'affaire *Millette* interjetèrent avec succès un appel à la Cour d'appel qui conclua à l'absence d'un lien de causalité entre les actes reprochés et l'accident ([1972] 3 O.R. 224). La Cour s'est formellement abstenue de décider si une obligation légale existait ou non. Cette cause a été portée en appel devant cette Cour et la décision de la Cour d'appel sur ce point a été confirmée.

En l'espèce, la Cour d'appel fut d'avis que le par. (3) de l'art. 3 du *Police Act* conférait aux agents de police une obligation statutaire d'effectuer des patrouilles de la circulation. Ce paragraphe est libellé comme suit:

[TRADUCTION] 3. (3) En plus d'accomplir les missions de police énumérées au paragraphe (1), la Sûreté provinciale de l'Ontario doit

a) effectuer des patrouilles de la circulation

- (i) sur les routes royales, à l'exclusion des tronçons que désigne le Ministre, et
- (ii) sur les voies de raccordement, au sens du *Highway Improvement Act*, que désigne le Ministre;

⁷ [1971] 2 O.R. 155.

(b) subject to any agreement in force under *The Liquor Licence Act*, enforce *The Liquor Licence Act*, *The Liquor Control Act* and the regulations thereunder and any other laws designated by the Minister; and

(c) maintain a criminal investigation branch which shall be used to assist municipal police forces on the direction of the Minister or at the request of the Crown attorney.

This subsection appears in Part I of the Act, which is entitled "Division of Responsibility". This Part deals with the division of responsibility between the Ontario Provincial Police Force and municipal police forces.

The subsection, by its terms, defines certain duties which are to be performed by the Ontario Provincial Police Force; *i.e.*, the Force as a whole. It does not impose such duties upon each individual member of that Force. A reference to para. (c) shows that this is so. It could not be contended that each police officer must maintain a criminal investigation branch.

The judgment in the Court of Appeal also referred to s. 46 of *The Police Act*, which defines the duty of members of the Ontario Provincial Police Force:

46. (1) It is the duty of the members of the Ontario Provincial Police Force, subject to this Act and the orders of the Commissioner,

(a) to perform all duties that are assigned to constables in relation to the preservation of the peace, the prevention of crime and of offences against the laws in force in Ontario and the criminal laws of Canada and the apprehension of criminals and offenders and others who may be lawfully taken into custody;

(b) to execute all warrants, perform all duties and services thereunder or in relation thereto that may, under the laws in force in Ontario, be lawfully executed and performed by constables;

(c) to perform all duties that may be lawfully performed by constables in relation to the escort and conveyance of convicts and other prisoners and mentally incompetent persons to and from any courts, places of punishment or confinement, hospitals or other places; and

(d) generally to perform such duties as are from time to time assigned to them by the Commissioner.

b) sous réserve de toute entente en vigueur aux termes du *Liquor Licence Act*, faire respecter le *Liquor Licence Act*, le *Liquor Control Act* et leurs règlements ainsi que toute autre loi que désigne le Ministre; et

c) assurer un service d'enquêtes criminelles qui, sur l'ordre du Ministre ou sur demande du Procureur de la Couronne, doit prêter main-forte aux sûretés municipales.

Dans la Loi, ce paragraphe figure à la Partie I qui s'intitule [TRADUCTION] «Partage des responsabilités». Cette Partie traite du partage des responsabilités entre la Sûreté provinciale de l'Ontario et les sûretés municipales.

Ce paragraphe, selon ses termes, définit certaines fonctions que la Sûreté provinciale de l'Ontario doit accomplir, c.-à-d. la Sûreté dans son ensemble. Il n'attribue pas ces fonctions à chaque membre individuel de cette Sûreté: voir l'al. c). Il est impossible de soutenir que chaque agent de police doit assurer un service d'enquêtes criminelles.

L'arrêt de la Cour d'appel se réfère également à l'art. 46 du *Police Act* qui définit les fonctions des membres de la Sûreté provinciale de l'Ontario:

[TRADUCTION] 46. (1) Sous réserve des dispositions particulières de la présente loi et des ordres du commissaire, il incombe aux membres de la Sûreté provinciale de l'Ontario

a) d'accomplir toutes les missions qui sont attribuées aux agents de police en vue de conserver la paix, de prévenir le crime et les infractions aux lois en vigueur en Ontario et aux lois pénales du Canada, et d'arrêter les criminels, auteurs d'infractions et autres personnes qui peuvent être légalement mises sous garde;

b) d'exécuter tous les mandats, d'accomplir toutes les missions et fonctions qu'ils prévoient ou qui s'y rattachent, et que les agents de police peuvent légalement exécuter ou accomplir en vertu des lois en vigueur en Ontario;

c) d'accomplir toutes les fonctions que les agents de police peuvent légalement accomplir en vue d'escorter et de conduire les détenus, prisonniers et incapables mentaux aux tribunaux, aux lieux de correction et de détention, aux hôpitaux ou autres endroits et de les en ramener; et

d) d'accomplir en général les fonctions que leur attribue le commissaire.

The circumstances of this case do not disclose a breach of any of these duties. It is suggested that, in some way, there was a breach of the duty defined in para. (d), but there is no evidence that any duty was assigned to Johnston on the night in question other than the investigation of the Blancke accident, which had resulted in a death. There is no evidence that he had been assigned the duty of maintaining a highway or traffic patrol.

In addition to this, it appears to me that the purpose of *The Police Act* was to provide for the existence and the organization of police forces in Ontario. As already noted, s. 3 appears in Part I of the Act, which is concerned with the division of responsibility between the provincial police force and municipal police forces. Section 46 is contained in Part IV of the Act, which deals with the constitution of the Ontario Provincial Police Force and with the duties assigned to members of that Force. I find nothing in the Act to indicate an intention on the part of the Legislature to impose a liability upon a member of that Force who fails to carry out a duty assigned to him under the statute.

The section immediately following s. 46, which I quoted earlier in respect of the legal responsibility of the Commissioner of the Ontario Provincial Police Force, does not make him legally responsible for the failure of members of the Force to perform their duties as members of the Force. He is made liable "in respect of torts committed by members of the force in the performance or purported performance of their duties, in like manner as a master is liable in respect of torts committed by his servants in the course of their employment". This is a vicarious liability for a tort committed by a member of the Force in the course of his employment. It does not provide that the Commissioner is liable in damages if a member of the Force fails to carry out a duty assigned to him.

Having reached the conclusion that the respondent did not have a claim against Johnston for breach of a statutory duty, the next question is as to whether the respondent can found a claim in

Les circonstances de la présente cause ne révèlent aucun manquement à ces obligations. On a laissé à entendre qu'il y a eu manquement, d'une quelconque façon, à l'obligation prévue à l'al. d), mais rien ne démontre qu'on avait attribué à Johnston, au cours de la nuit en question, une fonction autre que celle d'enquêter sur l'accident de Blancke qui avait entraîné une perte de vie. Rien ne démontre qu'on lui avait attribué la fonction d'effectuer une patrouille de la route ou de la circulation.

De plus, il m'apparaît que l'objet du *Police Act* était d'assurer la création et l'organisation des forces policières en Ontario. Comme je l'ai déjà mentionné, l'art. 3 figure à la Partie I de la Loi et traite du partage des responsabilités entre la sûreté provinciale et les sûretés municipales. L'art. 46 se trouve à la Partie IV de la Loi et traite de la composition de la Sûreté provinciale de l'Ontario de même que des fonctions attribuées aux membres de cette Sûreté. Je ne vois rien dans la Loi qui laisse supposer de la part de la Législature l'intention de retenir la responsabilité d'un membre de la Sûreté qui omet d'accomplir une des fonctions que lui attribue cette loi.

L'article qui suit immédiatement l'art. 46, que j'ai d'ailleurs cité plus haut au regard de la responsabilité civile du commissaire de la Sûreté provinciale de l'Ontario, ne rend pas ce dernier civilement responsable pour l'omission par les membres de la Sûreté d'accomplir leurs fonctions en tant que membres de cette Sûreté. Il est tenu responsable «des délits civils que commettent les membres de la Sûreté dans l'accomplissement effectif ou présumé de leurs fonctions au même titre qu'un commettant répond de ceux que ses préposés commettent dans le cadre de leur emploi.» Il s'agit d'une responsabilité civile pour un délit commis par un membre de la Sûreté dans l'exécution de ses fonctions. L'article ne prévoit pas que le commissaire est responsable des dommages résultant de l'omission par un membre de la Sûreté d'accomplir une fonction qui lui a été attribuée.

Ayant conclu que l'intimé ne possédait aucun recours contre Johnston pour manquement à une obligation statutaire, il convient d'examiner maintenant si l'intimé peut prétendre à un recours en

respect of the breach of a common law duty. This raises the question as to whether a police officer can be made responsible in damages, not because of some active conduct on his part, *e.g.*, the negligent operation of a police vehicle, or the commission of an assault, but because he failed to do something which, if done, might have prevented the plaintiff from sustaining damage. As previously mentioned, the learned trial judge held that no such duty existed in law, and stated that no authority for this proposition had been submitted to him other than the *Millette* case.

The Court of Appeal, in finding that such a duty did exist, relied upon two authorities. The first was *Haynes v. Harwood*⁸, in which a police officer successfully claimed damages sustained when he attempted to stop the defendants' runaway horses. It was held that the defendants ought to have contemplated that someone might attempt to stop the horses in an endeavour to prevent injury to life and limb, and, as the police were under a general duty to protect life and property, the plaintiff's act and resulting injuries were the natural and probable consequences of the defendants' negligence.

It was not suggested in that case that the general duty referred to is owed to anyone other than the public at large. It was stated that the police officer was under no positive duty to act as he did. He had a discretionary duty to prevent an accident. It is quite clear that had the police officer failed to attempt to stop the horses he could not have been sued by someone who had been run down by them.

The second case, *Priestman v. Colangelo et al.*⁹, is not in any way analogous to the present case. There a police officer who was a passenger in a police vehicle, the driver of which was pursuing the driver of a stolen car, sought to stop the vehicle

raison d'un manquement à une obligation de droit commun. Cette question soulève celle de savoir si un agent de police peut être tenu responsable en dommages-intérêts, non pas pour certaines actions qu'il aurait accomplies, *p. ex.* la conduite négligente d'une voiture de police ou avoir commis des voies de fait, mais plutôt parce qu'il aurait omis de poser un geste qui aurait pu prévenir les dommages subis par le demandeur. Tel que mentionné précédemment, le savant juge de première instance a conclu qu'une telle obligation n'existait pas en droit, et il a déclaré qu'aucune jurisprudence à l'appui de cette thèse ne lui avait été soumise, exception faite de l'affaire *Millette*.

En décidant qu'une telle obligation existait, la Cour d'appel s'est fondée sur deux précédents. Le premier est l'arrêt *Haynes v. Harwood*⁸, dans lequel un agent de police avait réclamé avec succès des dommages-intérêts en réparation des blessures subies lorsqu'il s'efforçait de maîtriser les chevaux emballés des défendeurs. On décida que ces derniers auraient dû prévoir qu'un individu pourrait tenter de maîtriser les chevaux dans le but de prévenir toute blessure ou accident, et comme la police avait l'obligation générale de protéger la vie et la propriété des gens, les gestes posés par le demandeur et les blessures qui en ont résulté étaient les conséquences normales et probables de la négligence des défendeurs.

Dans cette affaire-là, rien ne donne à entendre que l'obligation générale mentionnée n'est due à personne d'autre que le grand public. On a affirmé que l'agent de police n'était sous le coup d'aucune obligation précise lorsqu'il a agi comme il l'a fait. Son obligation de prévenir l'accident était discrétionnaire. Il est évident que si l'agent de police n'avait pas tenté de maîtriser les chevaux, une personne blessée par ceux-ci n'aurait pu intenter une poursuite contre lui.

La seconde cause, *Priestman c. Colangelo et al.*⁹, n'est d'aucune façon analogue à la présente affaire. Il s'agissait d'un agent de police, qui était passager dans un véhicule de police dont le conducteur poursuivait une automobile volée, et qui

⁸ [1935] 1 K.B. 146.

⁹ [1959] S.C.R. 615.

⁸ [1935] 1 K.B. 146.

⁹ [1959] R.C.S. 615.

ahead by firing his pistol at the left rear tire of that car. The police car struck a bump just as he fired and the bullet struck the driver. The car which he was driving went out of control, mounted the curb and struck and killed two persons who were standing on the sidewalk. The issue was as to whether the action of the police officer was negligent in view of his duty to preserve the peace, to prevent crimes and to apprehend offenders. The majority of the Court held that his conduct was not negligent.

In that case the police officer deliberately elected to fire his weapon from a moving vehicle on a city street. It is in that context that Cartwright J., as he then was, in delivering the dissenting opinion, wrote the passages quoted in the judgment of the Court of Appeal. In my opinion they are not relevant to the issue in this case. Those passages (at p. 634) read as follows:

This duty to apprehend was not, in my opinion, an absolute one to the performance of which Priestman was bound regardless of the consequences to persons other than Smythson. Co-existent with the duty to apprehend Smythson was the fundamental duty *alterum non laedere*, not to do an act which a reasonable man placed in Priestman's position should have foreseen was likely to cause injury to persons in the vicinity.

... In my opinion, Priestman's act in firing without due regard to the probabilities mentioned was an effective cause of the fatalities and amounted to actionable negligence unless it can be said that the existence of the duty to apprehend Smythson robbed his act of the negligent character it would otherwise have had.

In answer to the view expressed by the learned trial judge that to hold the police to be liable in the circumstances of this case would be a course fraught with undesirable consequences, which the Court of Appeal felt to be bordering on a statement of public policy, the Court of Appeal cited the decision of the House of Lords in *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*¹⁰. In that case several

chercha à arrêter cette automobile en tirant un coup de feu dans la direction du pneu arrière gauche. Au moment où il déchargeait son arme, la voiture de police fut secouée par un cahot et la balle atteignit le conducteur. Celui-ci perdit alors la maîtrise de son véhicule qui grimpa la bordure de trottoir frappant et tuant ainsi deux piétons. Le litige consistait à déterminer si l'agent de police avait été négligent compte tenu de son rôle qui consiste à garder la paix, à prévenir les crimes et à appréhender les contrevenants. La majorité de la Cour décida qu'il n'avait fait preuve d'aucune négligence dans son comportement.

Dans cette affaire-là, l'agent de police avait délibérément déchargé son arme à bord d'un véhicule en marche dans une rue de la ville. C'est dans ce contexte que le juge Cartwright, alors juge puîné, a écrit les motifs de sa dissidence dont certains extraits ont été cités dans l'arrêt de la Cour d'appel. A mon avis, ceux-ci ne sont pas pertinents au présent litige. Voici ces extraits (à la p. 634):

[TRADUCTION] A mon avis, ce devoir d'appréhender n'en était pas un que Priestman était tenu d'accomplir indépendamment des conséquences que pourraient subir des personnes autres que Smythson. Ce devoir d'appréhender était relié au devoir fondamental *alterum non laedere*, c'est-à-dire de ne pas accomplir un acte qui, selon un homme raisonnable tenant le rôle de Priestman, serait susceptible de blesser les gens aux alentours.

... A mon avis, le geste posé par Priestman en déchargeant son arme sans tenir compte des probabilités mentionnées, a directement contribué aux décès et a représenté une négligence susceptible de poursuites sauf si l'on peut affirmer que l'existence du devoir d'appréhender Smythson a délivré cet acte du caractère négligent qui lui aurait autrement été attribué.

La Cour d'appel a cité la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*¹⁰, en réponse à l'opinion émise par le savant juge de première instance pour qui le fait de tenir la police responsable créerait un courant fort de conséquences indésirables, laquelle opinion s'apparentait, selon la Cour d'appel, à une déclaration de principes touchant l'intérêt public. Dans

¹⁰ [1970] A.C. 1004.

¹⁰ [1970] A.C. 1004.

Borstal boys, who were working on an island under the control and supervision of three officers employed by the Home Office, left the island at night and boarded, cast adrift and damaged a yacht of the plaintiffs which had been moored offshore.

The plaintiff sued the Home Office, alleging that, with knowledge that five of the boys had escaped previously, the defendant failed to exercise effective control and supervision over them; that the three officers, on the night in question, had retired to bed and had maintained no control over the boys; that none of the officers was on duty at the material time; that no effective arrangement existed to control the boys at night; that the defendant had failed to give adequate instructions for maintaining control over the boys at night; and that there was no effective barrier to prevent the boys gaining access to the plaintiff's craft.

A preliminary issue of law was raised before trial which was defined by Lord Diplock, at p. 1057, as follows:

The specific question of law raised in this appeal may therefore be stated as: Is any duty of care to prevent the escape of a Borstal trainee from custody owed by the Home Office to persons whose property would be likely to be damaged by the tortious acts of the Borstal trainee if he escaped?

This issue of law was determined, with one dissent, in favour of the plaintiff. The House of Lords applied the well known dictum of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*¹¹, at p. 580, sometimes described as "the neighbour principle".

In the *Dorset Yacht* case the action was brought only as against the Home Office, the employer of the guards. It was not a claim against the individual guards. Having found that the Home Office owed a duty of care with respect to the detention of persons sentenced to Borstal training, Lord

¹¹ [1932] A.C. 562.

cette dernière affaire, quelques détenus de l'institution Borstal qui travaillaient sur une île sous la surveillance de trois agents embauchés par le Home Office, se sont évadés de l'île sur un bateau à la faveur de la nuit et ont endommagé l'embarcation de la demanderesse qui mouillait au large de l'île.

La demanderesse a intenté une action contre le Home Office. Elle a allégué que le défendeur avait négligé de surveiller suffisamment les détenus tout en sachant que cinq de ceux-ci s'étaient déjà évadés; que les trois agents, au cours de la nuit en question, s'étaient couchés et avaient laissé les détenus sans surveillance; qu'aucun des agents n'était en devoir au moment de l'évasion; qu'aucun dispositif n'avait été mis en place pour assurer la surveillance nocturne des détenus; que le défendeur avait omis de donner les directives nécessaires pour assurer la surveillance nocturne des détenus; et qu'aucune clôture efficace n'empêchait les détenus d'atteindre le bateau de la demanderesse.

Une question préliminaire de droit a été soulevée avant le procès et elle fut ainsi définie par Lord Diplock, à la p. 1057:

[TRADUCTION] La question de droit particulière au présent appel peut donc être énoncée comme suit: Est-ce qu'il incombe au Home Office une obligation de diligence consistant à prévenir l'évasion d'un détenu de l'institution Borstal envers les personnes dont la propriété serait susceptible d'être endommagée par les actes délictueux d'un détenu de Borstal qui se serait échappé?

Cette question de droit a été tranchée en faveur de la demanderesse, un lord étant dissident. La Chambre des Lords a appliqué le dictum connu de Lord Atkin énoncé dans l'affaire *Donoghue v. Stevenson*¹¹, à la p. 580, que l'on appelle parfois [TRADUCTION] "principe du prochain".

Dans la cause du *Dorset Yacht*, l'action avait été intentée uniquement contre le Home Office, l'employeur des agents. Ces derniers n'étaient pas visés individuellement par ce recours. Après avoir conclu que le Home Office avait une obligation de diligence quant à la détention des personnes con-

¹¹ [1932] A.C. 562.

Diplock, at p. 1071, defined the issues which would arise at the trial in this way:

If, therefore, it can be established at the trial of this action (1) that the Borstal officers in failing to take precautions to prevent the trainees from escaping were acting in breach of their instructions and not in bona fide exercise of a discretion delegated to them by the Home Office as to the degree of control to be adopted and (2) that it was reasonably foreseeable by the officers that if these particular trainees did escape they would be likely to appropriate a boat moored in the vicinity of Brownsea Island for the purpose of eluding immediate pursuit and to cause damage to it, the Borstal officers would be in breach of a duty of care owed to the plaintiff and the plaintiff would, in my view, have a cause of action against the Home Office as vicariously liable for the "negligence" of the Borstal officers.

In the present case it was not alleged that the Ontario Provincial Police Force owed a duty to the respondent to provide safeguards in respect of the excavation for the culvert. The claim against the Commissioner is not founded upon a breach of duty by the Ontario Provincial Police Force, but on the basis of a tort committed by a police officer in the performance of his duties. The *Dorset Yacht* case would only have been analogous if, in the absence of a finding of a legal duty owed by the *Home Office*, an individual guard had been sued because he failed to do something which might have prevented the boys from escaping. Furthermore, referring to the passage just quoted from Lord Diplock's reasons, it should be noted that, in the present case, there is no evidence that, in acting as he did, Corporal Johnston acted in breach of any instructions received from a superior officer.

Counsel for the respondent cited in support of his position the case of *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*¹². In that case the English Court of Appeal held that the Bognor Regis Urban District Council was liable to a house owner whose

damnées à l'institution Borstal, Lord Diplock a précisé en ces termes, à la p. 1071, les questions en litige qui seraient soulevées au procès:

[TRADUCTION] Par conséquent, s'il peut être établi, lors de l'audition de cette action, (1) que les agents de l'institution Borstal, en négligeant de prendre les précautions nécessaires à la prévention d'une évasion de détenus, agissaient en contravention des directives qu'ils avaient reçues et non dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire que leur avait délégué le Home Office quant aux mesures de surveillance à adopter, et (2) que les agents pouvaient raisonnablement prévoir qu'advenant l'évasion de ces détenus, ceux-ci essaieraient probablement de s'emparer d'un bateau ancré dans les parages de l'Île Brownsea dans le but d'échapper à la poursuite immédiate et d'endommager ledit bateau, les agents de l'institution Borstal contreviendraient alors à l'obligation de diligence à laquelle ils étaient tenus envers la demanderesse et je suis d'avis que cette dernière pourrait tenter une action contre le Home Office en tant que responsable civilement de la «négligence» des agents de l'institution Borstal.

Dans la présente affaire, il n'a pas été allégué que la Sureté provinciale de l'Ontario était tenue, par obligation envers l'intimé, d'assurer une protection par rapport à l'excavation destinée au ponceau. La réclamation dirigée contre le commissaire n'est pas fondée sur l'inexécution d'une obligation de la part de la Sûreté provinciale de l'Ontario, mais plutôt sur un délit civil commis par un agent de police dans l'exécution de ses fonctions. L'affaire du *Dorset Yacht* aurait présenté une situation analogue si, au lieu d'imputer au *Home Office* une obligation légale, un gardien avait été poursuivi parce qu'il aurait omis de poser un geste qui aurait pu empêcher les détenus de s'évader. De plus, en se référant à l'extrait précité des motifs de lord Diplock, il convient de noter que dans la présente affaire, aucune preuve ne démontre qu'en agissant comme il l'a fait, le caporal Johnston a contrevenu à des directives données par un officier supérieur.

Le procureur de l'intimé a cité en appui de sa thèse la cause de *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*¹². Dans cette affaire-là, la Cour d'appel d'Angleterre a décidé que le Bognor Regis Urban District Council était responsable envers le

¹² [1972] 1 Q.B. 373.

¹² [1972] 1 Q.B. 373.

house was damaged owing to subsidence because its building inspector, who was required to approve the foundations for the purposes of the building bylaw, had improperly approved the foundations.

I have doubts as to whether this case was correctly decided, but, in any event, as in the *Dorset Yacht* case, the action was not brought against the building inspector, but as against the Urban District Council. A legal duty was found to exist on the part of the Council toward the plaintiff because the wide power to control all building in its area assumed by the council under *The Public Health Act, 1937* (U.K.), and the by-laws made under it was exercisable for the protection and benefit of future owners and occupiers and carried with it the duty at common law to take reasonable care to see that the by-laws were complied with. No comparable duty was alleged to exist on the part of the Ontario Provincial Police Force in the present case. In fact there was no allegation of any duty owed by the Force.

In my opinion none of the cases cited is authority for finding that Johnston, in the circumstances of this case, owed a legal duty toward the respondent.

The situation in the present case is this. A danger to motorists had been created on the highway by the excavation for the culvert. It had been created by the contractors who were installing the culvert. They had, however, provided a series of warnings to motorists using the highway.

The last of the warning signs had been knocked down by the act of a third party, Blancke. He was the person responsible for the absence of that sign when the respondent drove down the road.

Johnston became aware of the fact that the sign was knocked down because he had been called out to investigate the Blancke accident. He was not then engaged on the work of highway patrol. He

propriétaire d'une maison des dommages résultant de l'affaissement de cette dernière parce que son inspecteur des bâtiments, qui devait vérifier les fondations conformément aux exigences d'un règlement sur la construction, avait effectué une mauvaise vérification de ces fondations.

Je doute que cette cause ait été correctement décidée, mais, de toute façon, à l'instar de l'affaire du *Dorset Yacht*, l'action n'a pas été intentée contre l'inspecteur des bâtiments mais plutôt contre l'Urban District Council. La cour a décidé que le Conseil avait une obligation légale envers le demandeur parce que le pouvoir étendu que s'était approprié le Conseil en vertu du *Public Health Act, 1936*, (R.-U.) et de ses règlements en vue de contrôler tous les travaux de construction sur son territoire, devait s'exercer pour protéger et aider les futurs propriétaires et occupants, et emportait de ce fait l'obligation de droit commun d'être raisonnablement diligent pour assurer le respect desdits règlements. Dans la présente affaire, personne n'a allégué que la Sûreté provinciale de l'Ontario avait une obligation semblable. En fait, on n'a allégué aucune obligation à la charge de la Sûreté.

Je suis d'avis qu'aucune des causes citées ne permet d'établir que Johnston, dans les circonstances de cette affaire, avait une obligation légale envers l'intimé.

Voici la situation telle qu'elle se présente dans cette affaire. L'excavation destinée au ponceau représentait pour les automobilistes un danger routier. Ce danger avait été créé par les entrepreneurs chargés de l'installation du ponceau. Cependant, par une série de panneaux, ces entrepreneurs avaient signalé le danger aux automobilistes utilisant cette route.

Le dernier de ces panneaux d'avertissement avait été renversé par un tiers, un certain Blancke. C'est lui qui était responsable de l'absence de ce panneau au moment où l'intimé roulait sur le chemin.

Johnston savait que le panneau avait été renversé parce qu'il avait été appelé pour enquêter sur l'accident impliquant Blancke. Il n'effectuait pas à ce moment-là une patrouille de route. Il a fait en

did cause his detachment to be notified that the sign was down and, as a result, the sign was later replaced.

A private individual who had become aware that the sign was down would have had no legal duty to do anything. The common law rule that there is no obligation to warn a person of impending danger to him has not been altered by "the neighbour principle". Lord Morris of Borth-y-Gest, in the *Dorset Yacht* case, at p. 1034, says:

It has been generally recognised that Lord Atkin's statement of principle cannot be applied as though his words were contained in a positive and precise legislative enactment. It cannot be, therefore, that in all circumstances where certain consequences can reasonably be foreseen a duty of care arises. A failure to take some preventive action or rescue operation does not of and by itself necessarily betoken any breach of a legal duty of care.

In the result, we find a situation in which the existence of a danger on the road has been indicated by a series of signs adequate to give warning to any motorist exercising proper care for his own safety. Johnston, who was not engaged in maintaining a highway patrol, became aware of the fact that the final warning sign had been knocked down. He caused notice of this fact to be given to his detachment. There is no evidence that he failed to perform the instructions given to him. To fix him with responsibility for the respondent's damages is to say that because, and only because, he was a police officer he owed a special duty to take further steps to prevent a negligent driver from driving into the culvert excavation. In my opinion no such duty existed.

I would allow the appeal and restore the judgment at trial, with costs in this Court and in the Court of Appeal.

Appeal of Thomas Boyd allowed without costs, appeals of J. Bruce Johnston and Eric Silk dismissed with costs, no order as to the costs of

sorte que son détachement soit avisé du fait que le panneau était renversé, et il a par la suite été remis en place.

Un simple particulier qui aurait été mis au courant que ce panneau était renversé n'aurait eu aucune obligation légale de faire quoi que ce soit. La règle de droit commun qu'il n'existe aucune obligation d'avertir une personne qu'un danger imminent la menace, n'a pas été modifiée par «le principe du prochain». Lord Morris de Borth-y-Gest, dans la cause du *Dorset Yacht* à la p. 1034, s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Il est généralement admis que la déclaration de principe de Lord Atkin ne peut être appliquée comme si ses paroles étaient extraites d'un texte législatif précis. Par conséquent, il est impossible qu'une obligation de diligence prenne naissance dans chaque cas où on peut raisonnablement prévoir certaines conséquences. L'omission de poser un geste préventif ou de porter secours ne dénote pas nécessairement en soi l'inexécution d'une obligation légale de diligence.

En définitive, il s'agit d'une situation dans laquelle l'existence d'un danger sur la route avait été signalée par une série de panneaux qui donnaient un avertissement convenable à tout automobiliste exerçant la vigilance nécessaire à sa propre sécurité. Johnston, qui n'effectuait pas une patrouille de route, savait que le dernier panneau d'avertissement avait été renversé. Il fit en sorte que son détachement soit mis au courant de ce fait. Rien ne démontre qu'il a omis de suivre les directives qui lui avaient été données. Lui imputer la responsabilité des dommages causés à l'intimé revient à dire que parce qu'il était un agent de police, et uniquement pour cette raison, il avait une obligation spéciale de prendre d'autres mesures afin d'empêcher qu'un conducteur négligent plonge dans l'excavation destinée au ponton. Je suis d'avis qu'il n'existait aucune obligation semblable.

J'accueillerais l'appel et je rétablirais le jugement de première instance, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

Appel de Thomas Boyd accueilli sans dépens, les appels de J. Bruce Johnston et Eric Silk rejetés avec dépens, pas d'adjudication de dépens

Glenn O'Rourke, MARTLAND, JUDSON and PIGEON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: J. D. Hilton, Toronto.

Solicitors for Plaintiff: Lerner & Associates, London.

quant à Glenn O'Rourke, les juges MARTLAND, JUDSON et PIGEON étaient dissidents.

Procureur des appelants: J. D. Hilton, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Lerner & Associates, London.

Provincial News Co., Penthouse International Ltd. and Robert C. Guccione Appellants;

and

Her Majesty The Queen Respondent.

1974: October 21; 1974: December 19.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence and Dickson JJ.

MOTION TO QUASH AND MOTION FOR LEAVE TO APPEAL

Criminal law—Obscenity—Forfeiture order—Prevailing community standards of tolerance—Evidence—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(8), 160

Proceedings were taken under s. 160 of the *Criminal Code* for the seizure and forfeiture of a certain issue of a magazine on the ground that it was obscene. An order of forfeiture was made and an appeal therefrom to the Alberta Appellate Division was dismissed by a majority judgment with Sinclair J.A. dissenting. In his dissent Sinclair J.A. was of the opinion that the dominant characteristic of the particular issue of the magazine was the exploitation of sex but he concluded that the evidence did not satisfy him beyond a reasonable doubt that the exploitation was "undue" so as to meet the statutory test of obscenity under s. 159(8) of the *Criminal Code*. In this Court, the Crown moved to quash the appeal by the accused and the latter applied for leave to appeal in the event that the motion to quash succeeded.

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The motion to quash should be granted and the application for leave to appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson and Dickson JJ.: Section 160(6) of the *Criminal Code* provides that "an appeal lies from an order [of forfeiture] . . . (a) on any ground of appeal that involves a question of law alone, (b) on any ground of appeal that involves a question of fact alone, or (c) on any ground of appeal that involves a question of mixed law and fact, as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal, as the case may be, on a question of law alone under Part XVIII and sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*." The submission of the appellants that, by virtue of s. 160(6), the appellants are given the same right of appeal to this Court as if the dissent of Sinclair

Provincial News Co., Penthouse International Ltd. and Robert C. Guccione Appelants;

et

Sa Majesté la Reine Intimée.

1974: le 21 octobre; 1974: le 19 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence et Dickson.

REQUÊTE EN ANNULATION ET REQUÊTE POUR AUTORISATION D'INTERJETER UN POURVOI

Droit criminel—Obscénité—Ordonnance de confiscation—Normes de tolérance admises dans la collectivité—Preuve—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 159(8), 160.

Des procédures ont été entamées en vertu de l'art. 160 du *Code criminel* pour la saisie et la confiscation d'un certain numéro d'un magazine pour le motif qu'il était obscène. Une ordonnance de confiscation a été rendue et un appel interjeté à l'encontre de celle-ci à la Division d'appel de l'Alberta a été rejeté par un jugement majoritaire, le juge d'appel Sinclair étant dissident. Dans sa dissidence, celui-ci opinait que la caractéristique dominante de ce numéro particulier du magazine était l'exploitation des choses sexuelles mais concluait que la preuve ne le convainquait pas au-delà d'un doute raisonnable que l'exploitation était «indue» au point de répondre aux exigences du critère légal de l'obsécénité aux termes du par. (8) de l'art. 159 du *Code criminel*. Dans cette Cour, le Ministère public a déposé une requête en annulation à l'égard du pourvoi interjeté par l'accusé et celui-ci a présenté une demande d'autorisation d'appeler au cas où la requête en annulation serait accueillie.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): La requête en annulation doit être accueillie et la requête pour autorisation d'appeler doit être rejetée.

Les juges Martland, Judson et Dickson: Le par. (6) de l'art. 160 du *Code criminel* prévoit qu'il peut être interjeté appel d'une ordonnance [de confiscation] . . . a) pour tout motif d'appel comportant une question de droit seulement, b) pour tout motif d'appel comportant une question de fait seulement, ou c) pour tout motif d'appel comportant une question de droit et de fait, comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquiescement, suivant le cas, sur une question de droit seulement en vertu de la Partie XVIII, et les articles 601 à 624 s'appliquent *mutatis mutandis*. La prétention des appelants qu'en vertu du par. (6) de l'art. 160, ils ont le

J.A., on a question of fact, had been converted into a dissent on a question of law, was not accepted. Subsection (6) provides for a right of appeal to the Court of Appeal, but the wording is not apt to describe an appeal to this Court.

The appellants' submission, on the application for leave to appeal, that the failure of the Crown to adduce evidence as to prevailing community standards of tolerance should have resulted in the dismissal of the Crown's case at its conclusion, also failed. The appellants' contention, *i.e.*, that a court cannot, in law, make an order of forfeiture under s. 160(4) unless the Crown has led evidence as to prevailing community standards of tolerance, was not supported by any authority, and in any event the point did not arise in the present case. The trial judge did have before him evidence from both sides respecting the matter of community standards to assist in reaching his conclusion.

Per Laskin C.J. and Spence J., dissenting: The motion to quash should be dismissed but, if necessary, leave to appeal should be granted if only to bring to this Court the question of required proof by the Crown to establish "undue" exploitation of sex by way of evidence to show contemporary or prevailing community standards.

Section 618(1)(a) gives an appeal as of right to this Court from a conviction which has been affirmed on appeal (offences punishable by death are treated separately), "on any question of law on which a judge of the Court of Appeal dissents". Section 160(6) enjoins that the rights of appeal given thereunder are to be treated "as if" they were appeals on a question of law alone. Therefore where there is a dissent on any ground stated in clauses (a), (b) or (c) of s. 160(6), it is to be treated as if on a question of law alone for the purposes of an appeal to this Court. In the result, the appeal taken here on the basis of the dissent of Sinclair J.A. comes here as of right.

Also, it is s. 160(6) that is the dominant provision for the purpose of appellate jurisdiction, and, as provided, ss. 601 to 624 are to be read conformably to give effect to what s. 160(6) decrees.

[*Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Dominion News & Gifts* (1962) Ltd., [1964] S.C.R. 251; *R. v. Great West News Ltd., Mantell and Mitchell*, [1970] 4 C.C.C. 307, referred to.]

même droit d'appel à cette Cour que si la dissidence du juge d'appel Sinclair, sur une question de fait, avait été convertie en dissidence sur une question de droit, n'a pas été acceptée. Le paragraphe (6) accorde un droit d'appel à la Cour d'appel, mais le texte ne peut viser un appel devant cette Cour.

La prétention des appelants que le défaut du Ministère public de faire la preuve des normes de tolérance admises dans la collectivité aurait dû entraîner le rejet de la preuve du Ministère public dès sa clôture, a également été rejetée. La prétention des appelants qu'un tribunal ne peut légalement rendre une ordonnance de confiscation en vertu du par. (4) de l'art. 160 à moins que le Ministère public n'ait fait la preuve des normes de tolérance admises dans la collectivité, n'a pas été étayée par aucun précédent et en tout état de cause cette question n'a pas été soulevée en l'espèce. Le juge de première instance a eu l'avantage d'entendre des témoignages des deux parties sur cette question des normes de la collectivité.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, dissidents: La requête en annulation devrait être rejetée mais, si nécessaire, l'autorisation d'appeler devrait être accordée si ce n'est que pour soumettre à cette Cour la question de la preuve suffisante que doit faire le Ministère public pour établir l'exploitation «indue» des choses sexuelles en faisant la preuve des normes couramment admises par la société actuelle.

L'alinéa a) du par. (1) de l'art. 618 permet un appel de plein droit à cette Cour à l'encontre d'une condamnation confirmée en appel (les infractions punissables de mort sont traitées à part), «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident». Le paragraphe (6) de l'art. 160 déclare que les droits d'appel qui y sont accordés doivent être considérés «comme s'il» s'agissait d'appels sur une question de droit seulement. Par conséquent, s'il y a une dissidence pour tout motif mentionné dans les al. a), b) ou c) du par. (6) de l'art. 160, on doit la considérer comme une dissidence sur une question de droit seulement pour les fins d'un appel à cette Cour. En conséquence, l'appel interjeté ici qui repose sur la dissidence du juge d'appel Sinclair est un appel de plein droit.

De plus, c'est le par. (6) de l'art. 160 qui édicte les dispositions principales pour les fins de la compétence d'appel, et les art. 601 à 624 doivent être appliqués de façon à lui donner effet.

[Arrêts mentionnés: *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Dominion News & Gifts* (1962) Ltd., [1964] R.C.S. 251; *R. v. Great West News Ltd., Mantell and Mitchell*, [1970] 4 C.C.C. 307.]

Motion by the respondent to quash appellants' appeal and motion by the appellants for leave to appeal from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, affirming an order of Kerans D.C.J. for the forfeiture of obscene material. Motion to quash granted and motion for leave to appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence J. dissenting.

B. A. Crane, for motion to quash and *contra* motion for leave to appeal.

A. Golden, *contra* motion to quash.

L. H. McDonald, Q.C., for motion for leave to appeal.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The question on this application to quash is the scope of the appellate jurisdiction of this Court under s. 160 (6) of the *Criminal Code*. The facts out of which the application arises may be briefly stated. Proceedings were taken under s. 160 for the seizure and forfeiture of the February 1973 number of *Penthouse* magazine on the ground that it was obscene. An order of forfeiture was made and an appeal therefrom to the Alberta Appellate Division was dismissed by a majority judgment with Sinclair J.A. dissenting. In his dissent Sinclair J.A. was of the opinion that the dominant characteristic of the particular issue of the magazine was the exploitation of sex but he concluded that the evidence did not satisfy him beyond a reasonable doubt that the exploitation was "undue" so as to meet the statutory test of obscenity under s. 159(8) of the *Criminal Code*.

The dissent of Sinclair J.A. was not on a question of law, and this is underscored by the fact that the formal order of the Alberta Appellate Division dismissing the appeal does not specify any dissent

¹ [1974] 6 W.W.R. 137, 20 C.C.C. (2d) 129, 52 D.L.R. (3d) 222.

Requête en annulation déposée par l'intimée à l'égard du pourvoi interjeté par les appelants et demande d'autorisation d'appeler présentée par les appelants à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta¹ qui a confirmé une ordonnance de confiscation de matériel obscène émise par le juge Kerans. Requête en annulation accordée et requête pour autorisation d'appeler rejetée, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents.

B. A. Crane, pour la requête en annulation et contre la requête pour autorisation d'appeler.

A. Golden, contre la requête en annulation.

L. H. McDonald, c.r., pour la requête pour autorisation d'appeler.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—La question en litige dans cette requête en annulation est l'étendue de la compétence d'appel de cette Cour sous le régime du par. (6) de l'art. 160 du *Code criminel*. Les faits qui ont donné naissance à cette requête peuvent s'énoncer brièvement. Des procédures ont été entamées en vertu de l'art. 160 pour la saisie et la confiscation du numéro de février 1973 du magazine *Penthouse* pour le motif qu'il était obscène. Une ordonnance de confiscation a été rendue et un appel interjeté à l'encontre de celle-ci à la Division d'appel de l'Alberta a été rejeté par un jugement majoritaire, le juge d'appel Sinclair étant dissident. Dans sa dissidence, celui-ci opinait que la caractéristique dominante de ce numéro particulier du magazine était l'exploitation des choses sexuelles mais il concluait que la preuve ne le convainquait pas au-delà d'un doute raisonnable que l'exploitation était «indue» au point de répondre aux exigences du critère légal de l'obscénité aux termes du par. (8) de l'art. 159 du *Code criminel*.

La dissidence du juge d'appel Sinclair ne portait pas sur une question de droit, et ce point est souligné par le fait que le jugement formel de la Division d'appel de l'Alberta rejetant l'appel ne

¹ [1974] 6 W.W.R. 137, 20 C.C.C. (2d) 129, 52 D.L.R. (3d) 222.

on a ground of law, which would have been necessary under s. 606 of the *Criminal Code*, if there had been a dissent on that basis. Notwithstanding this, the appellant filed a notice of appeal, asserting an appeal as of right by virtue of s. 160(6). If s. 160(6) does not carry beyond this Court's normal jurisdiction to entertain an appeal as of right, as specified in s. 618(1)(a) then the motion to quash must succeed. I may say here that the appellant responded to the motion to quash by a counter-application for leave to appeal but I leave this for later consideration. If there is no appeal as of right under s. 160(6), that is not therefore the end of this matter. I am of the view, however, that wittingly or not, Parliament has given an appeal as of right to this Court under s. 160(6) where it would not lie if taken under s. 618(1)(a) alone.

Section 160(6) reads as follows:

An appeal lies from an order made under subsection (4) or (5) by any person who appeared in the proceedings

- (a) On any ground of appeal that involves a question of law alone,
- (b) on any ground of appeal that involves a question of fact alone, or
- (c) on any ground of appeal that involves a question of mixed law and fact,

as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal, as the case may be, on a question of law alone under Part XVIII and sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*.

Because proceedings under s. 160 are, so to speak, proceedings *in rem* it is understandable that there be some express mention of appeals, "as if", to use the words of s. 160(6), they were appeals against conviction or acquittal. The specification in clauses (a), (b) and (c) of grounds of appeal is followed by the declaration that appeal on those grounds is to be treated as if the appeal was on a question of law alone under Part XVIII of the *Criminal Code*, the Part that deals with appeals to the provincial Court of Appeal and to this Court in respect of

mentionne aucune dissidence sur un motif de droit, ce qui aurait été nécessaire en vertu de l'art. 606 du *Code criminel*, s'il y avait eu une dissidence reposant sur ce point. Malgré cela, l'appelante a produit un avis d'appel, alléguant l'existence d'un droit d'appel en vertu du par. (6) de l'art. 160. Si le par. (6) de l'art. 160 n'a pas pour effet d'étendre la compétence régulière de cette Cour d'entendre un appel de plein droit au-delà de ce qui est énoncé à l'al. a) du par. (1) de l'art. 618, alors la requête en annulation doit être accordée. Je dois mentionner ici que l'appelante a répondu à la requête en annulation par une demande incidente d'autorisation d'appeler dont je traiterai plus loin. Si un appel ne peut être interjeté de plein droit en vertu du par. (6) de l'art. 160, cela ne met pas pour autant fin au débat. Cependant, je suis d'avis que, volontairement ou non, le Parlement a donné un appel de plein droit à cette Cour en vertu du par. (6) de l'art. 160, appel qui ne serait pas recevable sous le seul al. a) du par. (1) de l'art. 618.

Le paragraphe (6) de l'art. 160 se lit comme suit:

Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue selon le paragraphe (4) ou (5) par toute personne qui a comparu dans les procédures

- a) pour tout motif d'appel comportant une question de droit seulement,
- b) pour tout motif d'appel comportant une question de fait seulement, ou
- c) pour tout motif d'appel comportant une question de droit et de fait,

comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquiescement, suivant le cas, sur une question de droit seulement en vertu de la Partie XVIII, et les articles 601 à 624 s'appliquent *mutatis mutandis*.

Parce que les procédures sous le régime de l'art. 160 sont, pour ainsi dire, des procédures *in rem*, l'on comprend qu'on y parle expressément d'appels, «comme s'il», pour employer les mots du par. (6) de l'art. 160, s'agissait d'appels contre une déclaration de culpabilité ou un acquiescement. La mention des motifs d'appels dans les al. a), b) et c) est suivie par l'énoncé que l'appel pour ces motifs doit être traité comme s'il s'agissait d'un appel sur une question de droit seulement en vertu de la Partie XVIII du *Code criminel*, laquelle traite des

indictable offences. There is, moreover, the important reference in the concluding words of s. 160 (6) that “sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*”.

If reference is made to Part XVIII respecting appeals to the provincial Court of Appeal on a question of law alone where there has been a conviction, it will be seen that under s. 603(1)(a) an appeal on a question of law alone can be brought as of right but an appeal on any other ground, whether of fact or mixed law and fact or otherwise, requires leave. (I leave out of consideration an appeal based on a certificate of the trial judge.) Section 160(6) says, however, that an appeal on any of the grounds specified in clauses (a), (b) and (c) thereof lies as if it were on a question of law alone, and hence it appears quite clear to me that appeals under those clauses do not require leave because none is required under s. 603(1)(a)(i) where a question of law alone is involved.

Moving then to s. 618 which governs appeals to this Court from conviction or acquittal, s. 618(1)(a) gives an appeal as of right from a conviction which has been affirmed on appeal (offences punishable by death are treated separately), “on any question of law on which a judge of the Court of Appeal dissents”. Section 160(6) enjoins that the rights of appeal given thereunder are to be treated “as if” they were appeals on a question of law alone. I cannot therefore escape from the conclusion that where there is a dissent on any ground stated in clauses (a), (b) or (c) of s. 160(6), it is to be treated as if on a question of law alone for purposes of an appeal to this Court. In the result, the appeal taken here on the basis of the dissent of Sinclair J.A. comes here as of right.

It is not only the enveloping words “as if” that compel this conclusion, but as well the direction

appels concernant des actes criminels à la cour d’appel provinciale ou à cette Cour. Il y a, de plus, l’importante mention dans les derniers mots du par. (6) de l’art. 160 que «les articles 601 à 624 s’appliquent *mutatis mutandis*».

Si le renvoi à la Partie XVIII concerne les appels à la cour d’appel provinciale sur une question de droit seulement à la suite d’une déclaration de culpabilité, on remarquera qu’en vertu de l’al. a) du par. (1) de l’art. 603, un appel sur une question de droit seulement peut être interjeté de plein droit mais un appel pour tout autre motif, qu’il s’agisse d’une question de fait, de droit et de fait ou autre, requiert une autorisation. (Je laisse de côté l’appel sur certificat du juge de première instance.) Le paragraphe (6) de l’art. 160 prescrit, cependant, qu’on peut interjeter appel pour l’un des motifs mentionnés dans les al. a), b) et c) dudit paragraphe comme s’il s’agissait d’un appel sur une question de droit seulement, et par conséquent, il me semble évident que les appels en vertu de ces alinéas n’exigent pas d’autorisation puisque celle-ci n’est pas nécessaire en vertu du sous-al. (i) de l’al. a) du par. (1) de l’art. 603 lorsque l’appel comporte une question de droit seulement.

Quant à l’art. 618 qui régit les appels à cette Cour à l’encontre d’une déclaration de culpabilité ou d’un acquittement, l’al. a) du par. (1) de l’art. 618 permet un appel de plein droit à l’encontre d’une condamnation confirmée en appel (les infractions punissables de mort sont traitées à part), «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident». Le paragraphe (6) de l’art. 160 déclare que les droits d’appel qui y sont accordés doivent être considérés «comme s’il» s’agissait d’appels sur une question de droit seulement. Je ne puis par conséquent arriver à d’autres conclusions que s’il y a une dissidence pour tout motif mentionné dans les al. a), b) ou c) du par. (6) de l’art. 160, on doit la considérer comme une dissidence sur une question de droit seulement pour les fins d’un appel à cette Cour. En conséquence, l’appel interjeté ici qui repose sur la dissidence du juge d’appel Sinclair est un appel de plein droit.

Ce n’est pas seulement l’extension donnée par les mots «comme si» qui amène cette conclusion

that ss. 601 to 624 of the *Criminal Code* be read *mutatis mutandis* for the purposes of s. 160(6), that is with the necessary changes in points of detail. It is s. 160(6) that is the dominant provision for the purpose of appellate jurisdiction, and ss. 601 to 624 are to be read conformably to give effect to what s. 160(6) decrees.

If I am correct in this assessment of the scope of appellate jurisdiction, I do not think that the appellants require any further leave to raise other points; it seems to me they are already involved in the appeal as of right. However, if I am wrong, I would be disposed to give leave to appeal if only to bring to this Court the question of required proof by the Crown to establish "undue" exploitation of sex by way of evidence to show contemporary or prevailing community standards. I take this both from the judgment of Judson J. in *Brodie, Dansky and Rubin v. The Queen*² and the judgment of Freedman J.A., as he then was, in *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*³, adopted unanimously by this Court⁴. In the present case, the Crown led no evidence at all of community standards. I think it important for this Court to decide whether on a question of obscenity the trial judge can proceed unaided by Crown evidence to determine for himself, as if a question of law alone was involved, whether there was undue exploitation of sex. I refrain from any further exposition of this matter on an application for leave.

I would dismiss the motion to quash but, if necessary, I would give leave to appeal.

The judgment of Martland, Judson and Dickson JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The circumstances which led up to the respondent's motion to quash and to the appellants' motion for leave to appeal are set out in

² [1962] S.C.R. 681.

³ (1963), 40 C.R. 109, 42 W.W.R. 65.

⁴ [1964] S.C.R. 251.

mais également l'énoncé que les art. 601 à 624 du *Code criminel* doivent s'appliquer *mutatis mutandis* pour les fins du par. (6) de l'art. 160, c'est-à-dire en faisant les changements nécessaires. C'est le par. (6) de l'art. 160 qui édicte les dispositions principales pour les fins de la compétence d'appel, et les art. 601 à 624 doivent être appliqués de façon à lui donner effet.

Si j'évalue correctement l'étendue de la compétence d'appel, je ne pense pas que les appelants aient besoin d'autorisation pour soulever d'autres points; il me semble que ceux-ci sont déjà inclus dans l'appel de plein droit. Cependant, si j'ai tort, je suis prêt à autoriser l'appel même si ce n'était que pour soumettre à cette Cour la question de la preuve suffisante que doit faire le Ministère public pour établir l'exploitation «indue» des choses sexuelles en faisant la preuve des normes couramment admises par la société actuelle. En cela, je m'inspire à la fois du jugement du juge Judson dans *Brodie, Dansky et Rubin c. La Reine*² et du jugement du juge d'appel Freedman, alors juge puîné, dans *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*³ dont l'opinion a été adoptée à l'unanimité par cette Cour⁴. En l'espèce, le Ministère public n'a fait aucune preuve des normes en vigueur dans la collectivité. Je crois qu'il est important pour cette Cour de décider si, sur une question d'obscénité, le juge de première instance peut décider de lui-même, sans l'apport de témoignages du Ministère public, comme s'il s'agissait d'une question de droit seulement, s'il y a eu exploitation indue des choses sexuelles. Je n'élaborerai pas davantage cette question dans une demande d'autorisation d'appeler.

Je suis d'avis de rejeter la requête en annulation mais, si nécessaire, j'accorderais l'autorisation d'appeler.

Le jugement des juges Martland, Judson et Dickson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les circonstances qui ont donné lieu à la requête en annulation de l'intimée et à la requête des appelants pour autori-

² [1962] R.C.S. 681.

³ (1963), 40 C.R. 109, 42 W.W.R. 65.

⁴ [1964] R.C.S. 251.

the reasons of the Chief Justice. I agree with him that the dissenting reasons of Sinclair J.A., in the Appellate Division, did not constitute a dissent on a question of law within the meaning of s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*.

The submission of the appellants in response to the motion to quash is that, by virtue of s. 160(6) of the *Criminal Code*, the appellants are given the same right of appeal to this Court as if the dissent of Sinclair J.A., on a question of fact, had been converted into a dissent on a question of law.

The relevant portions of s. 160 provide as follows:

160. (1) A judge who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that any publication, copies of which are kept for sale or distribution in premises within the jurisdiction of the court, is obscene or a crime comic, shall issue a warrant under his hand authorizing seizure of the copies.

* * *

(3) The owner and the author of the matter seized and alleged to be obscene or a crime comic may appear and be represented in the proceedings in order to oppose the making of an order for the forfeiture of the said matter.

(4) If the court is satisfied that the publication is obscene or a crime comic, it shall make an order declaring the matter forfeited to Her Majesty in right of the province in which the proceedings take place, for disposal as the Attorney General may direct.

(5) If the court is not satisfied that the publication is obscene or a crime comic, it shall order that the matter be restored to the person from whom it was seized forthwith after the time for final appeal has expired.

(6) An appeal lies from an order made under subsection (4) or (5) by any person who appeared in the proceedings

(a) on any ground of appeal that involves a question of law alone,

(b) on any ground of appeal that involves a question of fact alone, or

(c) on any ground of appeal that involves a question of mixed law and fact,

sation d'appeler sont exposées dans les motifs du Juge en chef. Je suis d'accord avec lui que les motifs dissidents du juge d'appel Sinclair, à la Division d'appel, ne constituent pas une dissidence sur une question de droit au sens de l'al. a) du par. (1) de l'art. 618 du *Code criminel*.

La prétention des appelants dans leur réponse à la requête en annulation est que, en vertu du par. (6) de l'art. 160 du *Code criminel*, les appelants ont le même droit d'appel à cette Cour que si la dissidence du juge d'appel Sinclair, sur une question de fait, avait été convertie en dissidence sur une question de droit.

Les dispositions pertinentes de l'art. 160 énoncent ce qui suit:

160. (1) Un juge convaincu, par une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une publication dont des exemplaires sont tenus, aux fins de vente ou distribution, dans un local du ressort de la cour, est obscène ou est une histoire illustrée de crime, doit émettre, sous son seing, un mandat autorisant la saisie des exemplaires.

* * *

(3) Le propriétaire ainsi que l'auteur de la matière saisie et qu'on prétend être obscène ou une histoire illustrée de crime peuvent comparaître et être représentés dans les procédures pour s'opposer à l'établissement d'une ordonnance portant confiscation de ladite matière.

(4) Si la Cour est convaincue que la matière est obscène ou une histoire illustrée de crime, elle doit rendre une ordonnance la déclarant confisquée à l'égard de Sa Majesté du chef de la province où les procédures ont lieu, pour qu'il en soit disposé selon que le procureur général peut le prescrire.

(5) Si la cour n'est pas convaincue que la publication est obscène ou une histoire illustrée de crime, elle doit ordonner que la matière soit remise à la personne entre les mains de qui elle a été saisie, dès l'expiration du délai imparti pour un appel final.

(6) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue selon le paragraphe (4) ou (5) par toute personne qui a comparu dans les procédures

a) pour tout motif d'appel comportant une question de droit seulement,

b) pour tout motif d'appel comportant une question de fait seulement, ou

c) pour tout motif d'appel comportant une question de droit et de fait,

as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal, as the case may be, on a question of law alone under Part XVIII and sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*.

I do not agree with this submission. Section 160(6) gives the right to "an appeal", in the singular. The grounds for such an appeal are defined in paras. (a), (b) and (c); *i.e.*, grounds involving: (a) a question of law alone; (b) a question of fact alone; or (c) a question of mixed law and fact. These are the grounds on which a person convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal "against his conviction" to the court of appeal under s. 603(1)(a)(i) or (ii). The first ground, (a), is one on which the Attorney General may appeal under s. 605(1)(a) against "a judgment or verdict of acquittal" of a trial court in proceedings by indictment.

Proceedings under s. 160 do not result in a conviction or a judgment or verdict of acquittal, and therefore the right of appeal given by ss. 603(1)(a)(i) and (ii) and 605(1)(a) would not be available to a party affected by an order made under subs. (4) or subs. (5) of that section. For this reason, subs. (6) goes on to provide "as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal, as the case may be".

An appeal against conviction by a trial court in proceedings by indictment, under s. 603(1)(a)(ii), does not lie in respect of a question of fact alone or in respect of a question of mixed law and fact unless leave is obtained from the court of appeal or a judge thereof or upon the certificate of the trial judge that the case is a proper case for appeal. The Attorney General cannot appeal from a judgment or verdict of acquittal in proceedings by indictment, pursuant to s. 605(1)(a), save on a ground of appeal that involves a question of law alone.

comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquiescement, suivant le cas, sur une question de droit seulement en vertu de la Partie XVIII, et les articles 601 à 624 s'appliquent *mutatis mutandis*.

Je ne souscris pas à cette prétention. Le paragraphe (6) de l'art. 160 donne le droit d'interjeter appel, en employant le singulier («*an appeal*»). Les motifs d'appel sont décrits aux al. a), b) et c), c.-à-d. des motifs comportant: a) une question de droit seulement; b) une question de fait seulement; ou c) une question de droit et de fait. Ce sont là les motifs pour lesquels une personne déclarée coupable par une cour de première instance dans des procédures par acte d'accusation peut interjeter appel «de sa déclaration de culpabilité» devant la cour d'appel en vertu des sous-al. (i) ou (ii) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 603. Le premier motif, (a), en est un pour lequel le procureur général peut introduire un recours devant la cour d'appel en vertu de l'al. a) du par. (1) de l'art. 605 contre «un jugement ou verdict d'acquiescement» d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation.

Les procédures en vertu de l'art. 160 n'entraînent pas une déclaration de culpabilité, un jugement ou un verdict d'acquiescement et, par conséquent, le droit d'appel accordé par les sous-al. (i) et (ii) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 603 et l'al. a) du par. (1) de l'art. 605 ne pourrait être invoqué par une partie visée par une ordonnance rendue en vertu des par. (4) et (5) de cet article-là. Pour cette raison, le par. (6) continue en prévoyant «comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquiescement, suivant le cas».

Un appel d'une déclaration de culpabilité par une cour de première instance dans des procédures par acte d'accusation, sous le régime du sous-al. (ii) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 603, ne peut être fondé sur une question de droit seulement ou une question de droit et de fait sauf avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges ou sur certificat du juge de première instance attestant que la cause est susceptible d'appel. Le procureur général ne peut interjeter appel d'un jugement ou verdict d'acquiescement dans des procédures par

Subsection (6) obviates the need to obtain leave or a certificate for an appeal on a question of fact alone or on a question of mixed law and fact and eliminates the limitation on the right of the Attorney General to appeal only on questions of law by providing that an appeal under s. 160(6) lies as if it were an appeal "on a question of law alone".

Because subs. (6) relates to "an appeal" and because the phraseology used in defining that appeal is taken from those provisions of the *Criminal Code* which govern the right of appeal to the court of appeal in proceedings by indictment, it is my opinion that that portion of subs. (6) which I have so far discussed provides, and provides only, for a right of appeal to the court of appeal. The wording is not apt to describe an appeal to this Court. Subsection (6) uses the words "as if it were an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal". An appeal by the accused to the court of appeal under s. 603 is an appeal "against his conviction". An appeal by the Attorney General to the court of appeal under s. 605 is an appeal "against a judgment or verdict of acquittal". An appeal to this Court by an accused person in respect of an indictable offence (other than an offence punishable by death) is brought under s. 618 which provides, in subs. (1), for an appeal by a person convicted of an indictable offence whose conviction is affirmed by the court of appeal, and in subs. (2) for an appeal by a person who is acquitted of an indictable offence whose conviction is set aside by the court of appeal. An appeal to this Court by the Attorney General in respect of an indictable offence is brought under s. 621 "where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 603 or 604 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 605(1)(a) or subsection 605(3)". An appeal to this Court under s. 618 or s. 621 is not an appeal against conviction or against a judgment or verdict of acquittal. It is an appeal from a judgment by a

acte d'accusation, en vertu de l'al. a) du par. (1) de l'art. 605, que pour un motif d'appel qui comporte une question de droit seulement. Le paragraphe (6) dispense de l'obligation d'obtenir l'autorisation ou un certificat pour en appeler sur une question de fait seulement ou sur une question de droit et de fait et élimine la restriction du droit du procureur général d'interjeter appel seulement sur des questions de droit en prescrivant qu'il peut être interjeté appel en vertu du par. (6) de l'art. 160 comme s'il s'agissait d'un appel «sur une question de droit seulement».

Étant donné que le par. (6) parle «d'appel» et que la phraséologie employée pour définir cet appel est empruntée aux dispositions du *Code criminel* régissant le droit d'appel à la cour d'appel dans les procédures par acte d'accusation, je suis d'avis que cette partie du par. (6) que j'ai examinée jusqu'à présent accorde un droit d'appel à la cour d'appel, sans plus. Le texte ne peut viser un appel devant cette Cour. Le paragraphe (6) emploie les mots «comme s'il s'agissait d'un appel contre une déclaration de culpabilité ou contre un jugement ou verdict d'acquittal». En vertu de l'art. 603, l'accusé qui interjette appel devant la cour d'appel en appelle «de sa déclaration de culpabilité». Un appel par le procureur général à la cour d'appel en vertu de l'art. 605 est un appel «contre un jugement ou verdict d'acquittal». Un appel à cette Cour par une personne inculpée d'un acte criminel (autre qu'une infraction punissable de mort) est interjeté en vertu de l'art. 618 qui prévoit, au par. (1), un appel par une personne déclarée coupable d'un acte criminel dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel et, au par. (2), un appel par une personne qui est déchargée de l'accusation d'un acte criminel dont l'acquittal est annulé par la cour d'appel. Un appel à cette Cour par le procureur général à l'égard d'un acte criminel est interjeté en vertu de l'art. 621 «dorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'art. 603 ou 604 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'al. 605 (1) a) ou du par. 605 (3)». Un appel à cette Cour aux termes de l'art. 618 ou de l'art. 621 n'est pas un appel contre une déclaration de culpabilité

court of appeal affirming or setting aside a conviction or an acquittal.

The concluding words of subs. (6) "and sections 601 to 624 apply *mutatis mutandis*", which sections include those which provide for appeals to this Court, are not sufficient to permit an appeal to this Court on a question of fact. In so far as this Court is concerned they only mean that ss. 618 to 624 are applicable in respect of an appeal from the court of appeal in forfeiture proceedings under s. 160. I do not construe them as meaning that those sections are to be applicable to an appeal to this Court from a court of appeal in forfeiture proceedings under s. 160 with the added proviso that in such appeal the words "any question of law" wherever they appear in ss. 618 to 624 shall include "any question of fact".

For these reasons it is my opinion that the motion to quash should be granted.

The appellants applied for leave to appeal to this Court in the event that the motion to quash succeeded. The appellants' submission is that the failure of the Crown to adduce evidence as to prevailing community standards of tolerance should have resulted in the dismissal of the Crown's case at its conclusion. In essence, the contention is that a court cannot, in law, make an order of forfeiture under s. 160 (4) unless the Crown has led evidence as to prevailing community standards of tolerance.

Counsel for the appellants did not cite any decided case which has so held. In this Court, in *Brodie v. The Queen*⁵, forfeiture proceedings under s. 150A of the *Criminal Code* (now s. 160) were under consideration and the issue was as to whether the book "Lady Chatterley's Lover" was obscene within the meaning of s. 150 (now s. 159). The Crown rested its case on the mere production of the book. Evidence on behalf of the defence was

⁵ [1962] S.C.R. 681.

ou contre un jugement ou un verdict d'acquittal. Il s'agit d'un appel d'un jugement d'une cour d'appel confirmant ou annulant une déclaration de culpabilité ou un acquittement.

Les derniers mots du par. (6) «et les art. 601 à 624 s'appliquent *mutatis mutandis*», lesquels articles incluent ceux qui prévoient les appels devant cette Cour, ne sont pas suffisants pour permettre un appel à cette Cour sur une question de fait. Dans la mesure où cette Cour est concernée, ces mots signifient seulement que les art. 618 à 624 s'appliquent à l'égard d'un appel d'une cour d'appel dans des procédures en confiscation sous le régime de l'art. 160. Je ne les interprète pas comme signifiant que ces articles doivent s'appliquer à un appel d'une cour d'appel à cette Cour dans des procédures de confiscation sous le régime de l'art. 160 en y ajoutant la réserve que dans ce genre d'appel les mots «toute question de droit», où qu'ils apparaissent dans les art. 618 à 624, devraient comprendre «toute question de fait».

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accorder la requête en annulation.

Les appellants ont présenté une requête pour autorisation d'appeler à cette Cour advenant que la requête en annulation soit accordée. Les appellants prétendent que le défaut du Ministère public de faire la preuve des normes de tolérance admises dans la collectivité aurait dû entraîner le rejet de la preuve du Ministère public dès sa clôture. Fondamentalement, la prétention est qu'un tribunal ne peut légalement rendre une ordonnance de confiscation en vertu du par. (4) de l'art. 160 à moins que le Ministère public n'ait fait la preuve des normes de tolérance admises dans la collectivité.

L'avocat des appellants n'a cité aucun arrêt en faveur de sa thèse. En cette Cour, dans l'arrêt *Brodie c. R.*⁵, des procédures de confiscation aux termes de l'art. 150A du *Code criminel* (l'actuel art. 160) étaient en cause et la question en litige était de savoir si le roman «*Lady Chatterley's Lover*» était obscène au sens de l'art. 150 (l'actuel art. 159). Le Ministère public a fait sa preuve par le simple dépôt du livre. En défense, des témoignages

⁵ [1962] R.C.S. 681.

submitted as to its literary merit. There is no suggestion in that case that the Crown could not establish a case without calling supporting evidence. Judson J., whose reasons were supported by three other members of the majority, held only that the defence evidence was admissible and had assisted him in reaching the conclusion that the book was not obscene.

In *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*⁶, this Court agreed with the reasons of Freedman J. A. (as he then was) who had dissented in the Court of Appeal for Manitoba⁷, at p. 125. In that case also the Crown had relied upon the contents of the publications themselves as proof of their obscenity. The defence called one witness to testify as to community standards of morality. Again there was no suggestion in the judgments rendered that, in law, the Crown had to adduce evidence of that kind. Freedman J.A. stated that, in determining the issue of obscenity, contemporary standards of tolerance should be applied, but in reaching his conclusion on this issue it appears that he did not base it upon the defence evidence on this point, but upon his own consideration of the contents of the publications.

In *R. v. Great West News Ltd., Mantell and Mitchell*⁸, the Court of Appeal for Manitoba held that the magazines in question were obscene. The main point raised by the defence was that the Crown must fail because it had not led evidence as to prevailing community standards. Dickson J.A. (as he then was), with whom Smith C.J.M. concurred, held (at p. 314) that such evidence is admissible but not essential. Freedman J.A., the other member of the Court, while he wrote separate reasons, which did not deal with this point, concurred in the dismissal of the defendants' appeal.

ges ont été produits quant à la qualité littéraire du livre. En cette affaire-là, il n'y a aucun indice que le Ministère public ne puisse établir la culpabilité sans produire de preuve à l'appui. Le juge Judson, trois autres membres de la majorité ayant souscrit à ses motifs, a simplement décidé que la preuve de la défense était recevable et qu'elle l'avait aidé à conclure que le livre n'était pas obscène.

Dans l'arrêt *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. R.*⁶, cette Cour a souscrit aux motifs du juge d'appel Freedman (comme il était alors), dissident en Cour d'appel du Manitoba⁷, à la p. 125. Dans cet arrêt-là encore, le Ministère public s'était fondé sur le contenu des publications elles-mêmes pour prouver leur obscénité. La défense a convoqué un témoin pour témoigner à l'égard des normes de moralité de la collectivité. Encore là, il n'y a aucun indice dans les jugements rendus qu'en droit, il incombait au Ministère public de présenter une preuve de ce genre. Le juge d'appel Freedman a déclaré que, en tranchant la question de l'obscénité, les normes contemporaines de tolérance devraient être appliquées; mais il semble que dans sa conclusion sur cette question, il ne s'est pas fondé sur les témoignages de la défense mais sur son propre examen du contenu des publications.

Dans l'affaire *R. v. Great West News Ltd., Mantell and Mitchell*⁸, la Cour d'appel du Manitoba a décidé que les magazines en litige étaient obscènes. Le principal point soulevé par la défense a été que le Ministère public ne pouvait avoir gain de cause puisqu'il n'avait pas fait la preuve des normes en vigueur dans la collectivité. Le juge d'appel Dickson, (comme il était alors), avec qui le juge Smith, juge en chef du Manitoba, était d'accord, a décidé (à la p. 314) qu'une telle preuve est recevable mais qu'elle n'est pas essentielle. Le juge d'appel Freedman, l'autre membre de la Cour, bien qu'il ait rédigé des motifs distincts qui ne traitent pas de cette question, a souscrit au rejet de l'appel des défendeurs.

⁶ [1964] S.C.R. 251.

⁷ (1963), 40 C.R. 109.

⁸ [1970] 4 C.C.C. 307.

⁶ [1964] R.C.S. 251.

⁷ (1963), 40 C.R. 109.

⁸ [1970] 4 C.C.C. 307.

Apart from the merits of the point raised by the appellants, I do not think that it arises in the present case. The appellants raised this issue at the conclusion of the Crown's case on a motion for dismissal, but, when that motion was refused, the appellants did not rest their case upon this point, but, instead, elected to call evidence. The Crown then called in rebuttal an administrative officer of the Department of Culture, Youth & Recreation, who was the secretary of the Advisory Board on Objectionable Publications in Alberta. He gave evidence that such Board had considered the publication in question along with other issues of the same work and had found them to be objectionable.

In the result, the trial judge did have before him evidence from both sides respecting the matter of community standards to assist in reaching his conclusion.

I would dismiss the application for leave to appeal.

Motion to quash granted and application for leave to appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

Solicitors for the appellants: L. Harris McDonald, Edmonton, and Aubrey E. Golden, Toronto.

Solicitor for the respondent: W. F. McLean, Calgary.

Indépendamment du bien-fondé de la question soulevée par les appelants, je ne crois pas qu'on la retrouve en l'espèce. Les appelants ont soulevé cette question à la fin de la présentation de la preuve par le Ministère public dans une requête pour rejet de l'accusation, mais, lorsque la requête a été refusée, les appelants n'ont pas invoqué cette question mais ont plutôt choisi de convoquer des témoins. Le Ministère public a ensuite appelé en contre-preuve un agent d'administration du Ministère de la Culture, de la Jeunesse et des Loisirs, qui était secrétaire du Advisory Board on Objectionable Publications en Alberta. Il témoigna que cette commission (Advisory Board) avait examiné la publication en question de même que d'autres numéros du même périodique et qu'elle les avait jugés répréhensibles.

En conséquence, le juge de première instance a eu l'avantage d'entendre des témoignages des deux parties sur cette question des normes de la collectivité.

Je suis d'avis de rejeter la requête d'autorisation d'appeler.

Requête en annulation accueillie et requête pour autorisation d'appeler rejetée, le JUGE EN CHEF LASKIN et le JUGE SPENCE étant dissidents.

Procureurs des appelants: L. Harris McDonald, Edmonton, et Aubrey E. Golden, Toronto.

Procureur de l'intimée: W. F. McLean, Calgary.

Dr. Sylvain Laporte *Appellant*;

and

College of Pharmacists of The Province of Quebec *Respondent*.

1974: May 13, 14; 1974: October 23.

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

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

Physicians and surgeons—Sale of medication to patient for duration of treatment—Whether a legal act—Medical Act, R.S.Q. 1964, c. 249, s. 59—Pharmacy Act, R.S.Q. 1964, c. 255, ss. 21, 59.

The respondent laid an information against the appellant charging him with unlawfully selling, through a person in his employ, a drug, contrary to the *Pharmacy Act* of Quebec. This information was dismissed in the Court of Sessions of the Peace, but the acquittal was reversed by the Court of Queen's Bench, sitting at first instance in a trial *de novo*. Leave to appeal to this Court was granted.

Held: The appeal should be allowed.

The principle involved here was laid down by this Court in *Pauze v. Gauvin*, [1954] S.C.R. 15: the statutes creating professional monopolies, sanctioned by law, access to which is controlled and which protect their members in good standing who meet the required conditions against any competition, must be strictly applied. Anything which is not clearly prohibited may be done with impunity by anyone not a member of these closed associations. There are no restrictions in s.59 of the *Pharmacy Act* or s.59 of the *Medical Act* which limit to a very short period the right of doctors to supply "medicines". In the absence of any such provisions, a doctor is entitled to supply the medicine indicated by the treatment and require compensation from the patient.

Pauze v. Gauvin, [1954] S.C.R. 15, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Province of Quebec, reversing the acquittal by the Court of Sessions of the Peace. Appeal allowed.

Claude Dugas, Q.C., for the appellant.

Louise Mailhot and *Mario Du Mesnil*, for the respondent.

Dr. Sylvain Laporte *Appellant*;

et

Collège des pharmaciens de la province de Québec *Intimé*.

1974: les 13 et 14 mai; 1974: le 23 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

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

Médecin et chirurgien—Vente de médicament au patient pour durée du traitement—Légalité—Loi médicale, S.R.Q. 1964, c. 249, art. 59—Loi de Pharmacie, S.R.Q. 1964, c. 255, art. 21, 59.

L'intimé a porté une dénonciation contre l'appellant lui reprochant d'avoir, par une personne à son emploi, illégalement vendu une drogue, contrairement à la *Loi de Pharmacie* de Québec. Cette plainte fut rejetée en Cour des sessions de la paix mais cet acquittement fut mis de côté par la Cour du banc de la reine siégeant au criminel en première instance par procès *de novo*. Permission d'appeler à cette Cour fut accordée.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Le principe en la matière a été posé par cette Cour dans *Pauze c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15: les statuts créant des monopoles professionnels sanctionnés par la loi, dont l'accès est contrôlé, et qui protègent leurs membres agréés qui remplissent des conditions déterminées, contre toute concurrence, doivent être strictement appliqués. Tout ce qui n'est pas clairement défendu peut être fait impunément par tous ceux qui ne font pas partie de ces associations fermées. Le texte des art. 59 de la *Loi de Pharmacie* et 59 de la *Loi médicale* ne comporte aucune restriction limitant à une très courte période le droit des médecins de fournir «des médicaments». En l'absence de telle restriction, le médecin a le droit de fournir les médicaments indiqués par le traitement et d'exiger compensation du patient.

Arrêt appliqué: *Pauze c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, mettant de côté l'acquiescement prononcé par la Cour des sessions de la paix. Appel accueilli.

Claude Dugas, c.r., pour l'appellant.

Louise Mailhot et *Mario Du Mesnil*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—On November 22, 1968, respondent, acting through its Registrar, laid an information against appellant, the substantive portion of which reads as follows:

[TRANSLATION] did, on or about December 27, 1967, at Joliette, district of Joliette, through a person in his employ, unlawfully sell a drug, to wit: Elavil tablets, 10 mg., the whole contrary to the *Pharmacy Act* of Quebec as amended.

This information was dismissed by Judge Armand Sylvestre of the Court of Sessions of the Peace on December 2, 1969, but the acquittal was reversed on July 9, 1971, by the Court of Queen's Bench, sitting at first instance in a trial *de novo*. Leave to appeal from that judgment was granted by this Court on October 5, 1971.

The question that arises is as follows: did appellant have the right, in December 1967, to give his patient a drug for the duration of his treatment, that is about one month, require the patient to reimburse him for its cost, and add thereto "a portion for profit and expenses" (the words used by Dr. Laporte in his testimony)?

For an answer to that question reference must be made to the laws in force at the time, namely the *Medical Act*, R.S.Q. 1964, c. 249 and the *Pharmacy Act*, R.S.Q. 1964, c. 255. It should be immediately noted that the position was appreciably altered by the far-reaching changes introduced in 1973, and the subject is now regulated by cc. 46 (*Medical Act*) and 51 (*Pharmacy Act*) of the Statutes of Quebec.

This question must be considered in the light of the principle laid down by this Court in *Pauze v. Gauvin*¹. In particular I adopt the following passage from the reasons of Taschereau J., as he then was (at p. 18):

[TRANSLATION] The statutes creating these professional monopolies, sanctioned by law, access to which is controlled and which protect their members in good standing who meet the required conditions against any competition, must however be strictly applied. Anything which is not clearly prohibited may be done with

¹ [1954] S.C.R.15.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—L'intimé, par la voix de son registraire, a le 22 novembre 1968 porté contre l'appelant une dénonciation dont la partie substantive se lit comme suit:

a, le ou vers le 27 décembre 1967, à Joliette, district de Joliette, par une personne à son emploi, illégalement vendu une drogue, à savoir: 'Comprimés Elavil, 10 mg.', le tout contrairement à la Loi de Pharmacie de Québec et ses amendements.

Cette plainte fut rejetée par le juge Armand Sylvestre de la Cour des Sessions de la Paix, le 2 décembre 1969, mais cet acquittement fut mis de côté le 9 juillet 1971 par la Cour du Banc de la Reine siégeant en première instance par procès *de novo*. Permission d'en appeler de ce jugement fut accordée par cette Cour le 5 octobre 1971.

La question qui se pose est la suivante: L'appelant, en décembre 1967, avait-il le droit de remettre à son patient une drogue pour la durée du traitement, savoir environ un mois, en exigeant de ce patient le remboursement du coût et en y ajoutant «une partie de profit et d'administration» (expression du docteur Laporte dans son témoignage)?

Pour répondre à cette question, il faut examiner les lois en vigueur à l'époque, soit la *Loi médicale*, S.R.Q. 1964, c. 249 et la *Loi de Pharmacie*, S.R.Q. 1964, c.255. Notons immédiatement que la situation a été considérablement modifiée par les changements profonds survenus en 1973, la matière étant maintenant régie par les chapitres 46 (*Loi médicale*) et 51 (*Loi sur la pharmacie*) des Lois du Québec.

L'étude de la question doit être entreprise à la lumière du principe posé par cette Cour dans l'arrêt *Pauze c. Gauvin*¹. En particulier, je fais mien le passage suivant tiré des notes de M. le juge Taschereau, devenu plus tard juge en chef: (à la p. 18):

Les statuts créant ces monopoles professionnels sanctionnés par la loi, dont l'accès est contrôlé, et qui protègent leurs membres agréés qui remplissent des conditions déterminées, contre toute concurrence, doivent cependant être strictement appliqués. Tout ce qui n'est pas clairement défendu peut être fait impunément

¹ [1954] R.C.S. 15.

impunity by anyone not a member of these closed associations.

Before turning to consideration of this legislation, it should be noted that the professions of medicine and pharmacy were for a long time carried on simultaneously. By way of example I would refer to the beginning of s. 16 of c. 71 of the Revised Statutes of Lower Canada, 1860:

Except such persons as may lawfully practise physic in Lower Canada, no person whatsoever shall, on any pretence, sell or distribute medicines by retail . . .

Even with the granting of new powers to the Pharmaceutical Association of the Province of Quebec in 1875, by 38 Vict., c. 37, the position of doctors was not altered (see s. 15). It was not until 1953 that the right of doctors to practise pharmacy was substantially altered, and the question here is whether that modification operated to prohibit doctors in general, and appellant in particular, from performing the act with which Dr. Laporte is charged in the information.

Reference must be made here to the relevant sections of the *Medical Act*:

44. Without limiting the meaning of the words "practice of medicine", the giving of medical consultations, or giving or prescribing of medicines, attending at confinements, treating medical or surgical affections and habitually and continuously following the treatment of diseases or medical or surgical affections, either by giving medicine or by making use of mechanical, physical or chemical processes or of radiotherapy or of X-rays, shall constitute the practice of medicine.

51. Every physician may keep the medicines, drugs and the medical, chemical or mechanical apparatus which he may require, and may use the same in the practice of his profession.

59. (1) No one shall have the right to sue for or recover any fees or compensation for any medical or surgical opinion, for professional services, operations, prescriptions, medicine or apparatus he may have prescribed or furnished, or to avail himself of any right or privilege conferred by this act, unless he is registered in the Quebec Medical Register and has paid his annual contributions to the College.

par tous ceux qui ne font pas partie de ces associations fermées.

Avant de passer à l'examen des textes, il est bon de rappeler que la profession de médecin et la profession de pharmacien ont pendant une longue période été exercées simultanément. A titre d'exemple, je veux citer ici le début de l'art. 16 du c. 71 des Statuts refondus du Bas Canada 1860:

Excepté les personnes qui peuvent légalement pratiquer la médecine dans le Bas Canada, nul ne pourra, sous aucuns prétextes, vendre ou distribuer des médecines en détail . . .

Même avec l'octroi de nouveaux pouvoirs en 1875 à l'Association Pharmaceutique de la province de Québec par 38 Vict., c. 37, la situation des médecins n'a pas été modifiée (voir art. 15). Ce n'est qu'en 1953 que le droit des médecins de tenir pharmacie fut foncièrement modifié et il s'agit de déterminer ici si cette modification a eu pour résultat d'empêcher les médecins en général et l'appelant en particulier de poser le geste que la dénonciation reproche au docteur Laporte.

Il faut citer ici les articles pertinents de la *Loi médicale*:

44. Sans vouloir restreindre la signification des mots «exercer la médecine», donner des consultations médicales, ordonner ou prescrire des médicaments, pratiquer des accouchements, traiter des affections médicales ou chirurgicales, prendre part habituellement et par une direction suivie au traitement de maladies, ou affections médicales et chirurgicales, soit en administrant des médicaments, soit en faisant usage de procédés mécaniques, physiques ou chimiques ou de radiothérapie ou de rayons X, constituent l'exercice de la médecine.

51. Tout médecin est autorisé à tenir les médicaments, les produits pharmaceutiques et les appareils de physique, de chimie ou de mécanique dont il peut avoir besoin et à en faire usage dans l'exercice de sa profession.

59. (1). Nul n'a le droit de recouvrer devant un tribunal aucun honoraire et aucune compensation, pour un avis médical ou chirurgical, des remèdes ou appareils qu'il peut avoir prescrits ou fournis, ni ne peut se prévaloir d'aucun droit ou privilège conféré par la présente loi, à moins qu'il ne soit enregistré dans le Registre médical de Québec et qu'il n'ait payé sa contribution annuelle au Collège.

It should be noted here that the substance of these sections has not altered during the course of the last half century.

In the case of the *Pharmacy Act*, the principle is stated in the first paragraph of s. 21. Sections 22 and 23 lay down special rules which do not apply here, except in so far as they may clarify the thinking of the legislator.

21. (1) No person shall keep open a shop for the retailing, dispensing or compounding of the poisons contemplated by this act, or of drugs within the meaning of paragraph 9 of section 1, or sell or attempt to sell any of such poisons or drugs or any medicinal preparation containing any of the same, or engage in the dispensing of prescriptions, or use or assume the title of pharmacist, chemist and druggist, druggist apothecary, dispensing or pharmaceutical chemist, or any other title bearing a similar interpretation, or use any title which would lead to the belief that he is a pharmacist, or use the words "pharmacy", "proprietary or patent medicine stores" or "pharmaceutical products", or use abbreviations of the above mentioned words or designs, plates or vignettes leading to the belief that he is a pharmacist unless he is a person registered in accordance with the provisions of this act.

22. Any physician registered as a member of the College of Physicians and Surgeons of the Province of Quebec may, without any prejudice to his privileges as a physician, keep a pharmacy in a municipality where none is kept by a pharmacist when he begins to keep it, provided he pays the dues and the operation permit required of a licentiate of pharmacy. Such physician shall then be recognized as a member of the College of Pharmacists of the Province of Quebec and as such shall be subject to the provisions of this act and of the by-laws of the council, but he cannot vote or be eligible to the Council of the College or to any office.

Every physician who was keeping a pharmacy on the 1st of April 1964 shall benefit by the above provision. R.S. 1941, c. 267, s. 22; 8 Geo. VI, c. 42, s. 12; 1-2 Eliz. II, c. 55, s. 23; 12-13 Eliz. II, c. 55, s. 12.

23. Notwithstanding the provisions of this act, on the island of Montreal, in the city of Quebec and within a radius of five miles from their limits and in any city or town of more than 7,000 souls, only a licentiate of pharmacy may carry on a business as a pharmacist.

This section shall not apply to registered physicians practising the profession of pharmacist on the 26th of February 1953, or to registered physicians practising

Il faut noter ici que ces articles dans leur substance n'ont pas varié au cours du dernier demi-siècle.

Quant à la *Loi de pharmacie*, le principe est énoncé dans le premier alinéa de l'art. 21. Les articles 22 et 23 énoncent des règles particulières qui n'ont pas d'application en l'espèce sauf qu'ils peuvent éclairer la pensée du législateur.

21. (1). Nul ne peut tenir un établissement pour la vente au détail, la préparation sur prescription ou la composition des poisons visés par la présente loi, ou des drogues au sens du paragraphe 9^e de l'article 1, ni vendre ou tenter de vendre, soit l'un de ces poisons ou de ces drogues, soit des préparations médicinales qui en contiennent, ni se livrer à la préparation des prescriptions, ni employer ou prendre le titre de pharmacien, de pharmacien-chimiste, de droguiste, d'apothicaire, de chimiste-préparateur ou de chimiste pharmaceutique, ou tout autre titre comportant une semblable interprétation, ni employer un titre quelconque qui ferait croire qu'il est pharmacien, ni employer les mots «pharmacie», «magasins de spécialités pharmaceutiques ou de médicaments brevetés» ou de «produits pharmaceutiques», ni, au surplus, employer des abréviations des mots susmentionnés ou des sigles, clichés ou vignettes qui feraient croire qu'il est pharmacien sans être une personne inscrite en conformité des dispositions de la présente loi.

22. Tout médecin inscrit comme membre du Collège des médecins et chirurgiens de la province de Québec peut, sans préjudice des privilèges qu'il possède comme médecin, tenir une pharmacie dans une municipalité où il n'en est pas tenu par un pharmacien lorsqu'il commence à la tenir, pourvu qu'il paie la cotisation et le permis d'opération exigés d'un licencié en pharmacie. Ce médecin est alors réputé membre du Collège des pharmaciens de la province de Québec et il est comme tel soumis aux dispositions de la présente loi et des règlements du conseil, mais il ne peut voter, ni être éligible au conseil du Collège, ni à aucune charge.

Tout médecin qui tenait pharmacie le 1^{er} avril 1964 bénéficie de la disposition ci-dessus. S.R. 1941, c. 267, a. 22; 8 Geo. VI, c. 42, a. 12; 1-2 Eliz. II, c. 55, a. 23; 12-13 Eliz. II, c. 55, a. 12.

23. Nonobstant les dispositions de la présente loi, dans l'île de Montréal, dans la cité de Québec et dans un rayon de cinq milles de leurs limites, et dans toute cité ou ville de plus de 7,000 âmes, seul un licencié en pharmacie peut exercer la profession de pharmacien.

Le présent article ne s'applique pas aux médecins inscrits exerçant la profession de pharmacien le 26 février 1953, ni aux médecins inscrits exerçant cette

such profession on the 1st of July 1964 in a city or town which had a population when they were registered of less than 20,000 souls or to registered physicians practising such profession in a city or town which had a population when they were registered of less than 7,000 souls. R.S. 1941, c. 267, s. 23; 1-2 Eliz. II, c. 55, s. 24; 12-13 Eliz. II, c. 55, s. 13.

By the terms of the final paragraph of s. 20,

(2) A hospital may supply drugs and poisons only to the patients hospitalized or under treatment in such hospital. R.S. 1941, c. 267, s. 20; 1-2 Eliz. II, c. 55, s. 20; 12-13 Eliz. II, c. 55, s. 11.

Finally, reference must be made to s. 59:

59. Saving any express provision to the contrary, nothing in this act shall interfere with the privileges conferred upon physicians or upon dentists by the various acts relating to the practice of the said professions in this Province, or with the business of wholesale drug dealers or that of dealers in photographic supplies, in the ordinary course of wholesale trade, or manufacturers of chemical preparations or with duly licensed veterinary surgeons or professional chemists, in their practice or business as such, unless the drugs or poisons contemplated by this act are sold for therapeutic purposes. R.S. 1941, c. 267, s. 59; 1-2 Eliz. II, c. 55, s. 47.

The judgment *a quo* reached the conclusion that, in short, a doctor is only entitled to give his patient the medicine necessary to begin a treatment, until the patient has an opportunity to go to a pharmacist and purchase what is required to continue it. Paré J. observed:

[TRANSLATION] In brief, the Act assented to on February 26, 1953, 1-2 Eliz. II, c. 55, on the one hand removes the exception in s. 21 which allowed doctors to sell drugs, and on the other hand, in s. 59, prohibits them from doing so for therapeutic purposes. It maintains their privileges of issuing prescriptions, treating patients and giving them the necessary medicines, for a financial return. On the other hand, a doctor may no longer trade in medicine, even within the pursuit of his profession. He may only keep it in stock to be administered as required.

With respect, I cannot subscribe to that point of view.

profession le 1^{er} juillet 1964 dans une cité ou ville dont la population lors de leur inscription était de moins de 20,000 âmes, ni aux médecins inscrits exerçant cette profession dans une cité ou ville dont la population lors de leur inscription était de moins de 7,000 âmes. S.R. 1941, c. 267, a. 23; 1-2 Eliz. II, c. 55, a. 24; 12-13 Eliz. II, c. 55, a. 13.

Aux termes du dernier alinéa de l'art. 20,

2. Un hôpital ne peut fournir des drogues et poisons qu'aux patients hospitalisés ou sous traitement à cet hôpital. S.R. 1941, c. 267, a. 20; 1-2 Eliz. II, c. 55, a. 20; 12-13 Eliz. II, c. 55, a. 11.

Finalement, il faut citer l'art. 59:

59. Sauf disposition expresse au contraire, rien de contenu dans la présente loi ne peut affecter les privilèges conférés aux médecins ou aux dentistes par les lois concernant l'exercice desdites professions dans cette province, ni le commerce de marchands de drogues en gros, ni celui des marchands d'articles pour photographes, dans le cours ordinaire du commerce en gros, ni les fabricants de préparations chimiques, ni les médecins vétérinaires régulièrement licenciés ni les chimistes professionnels dans l'exercice de leurs professions ou états, à moins que les drogues ou poisons visés par la présente loi ne soient vendus pour des fins thérapeutiques. S.R. 1941, c. 267, a. 59; 1-2 Eliz. II, c. 55, a. 47.

Le jugement dont appel en est venu à la conclusion que le droit du médecin se limite en somme à remettre à son patient les médicaments nécessaires pour commencer le traitement jusqu'à ce que le patient ait le loisir de se rendre chez un pharmacien pour y acheter ce qui est nécessaire à la continuation du traitement. Voici comment le juge Paré s'en exprime:

En résumé, la loi sanctionnée le 26 février 1953, 1-2 Elizabeth II, ch. 55, fait d'une part disparaître l'exception de l'article 21 qui permettrait aux médecins de vendre des drogues et d'autre part lui défend par l'article 59 de ce faire pour fins thérapeutiques. Elle lui conserve ses privilèges de prescrire des remèdes, de traiter ses patients et leur administrer les médicaments requis, moyennant compensation. D'autre part, il ne peut plus faire le commerce de médicaments même à l'occasion de l'exercice de sa profession. Il ne peut que les tenir en stock pour les administrer au besoin.

Avec respect, je ne puis partager ce point de vue.

The provisions relied on by respondent, read in the light of the principle stated in the *Gauvin* decision, referred to above, do not in my view support this conclusion, especially if they are considered in the light of the legislation preceding that under review.

Section 59 of the *Pharmacy Act* has remained essentially unchanged since 1875 (38 Vict, c. 37, s. 24), except that the words "unless the drugs or poisons contemplated by this act are sold for therapeutic purposes" were added by 1-2 Eliz. II, c. 55, s.47. Does this clearly indicate that a doctor may no longer sell medicines as part of his treatment, contrary to the situation up to that time? I think not, especially since, under s. 59 of the *Medical Act*, a doctor may recover compensation for medicine he may have "furnished" (*fournir*). This verb (*fournir*) is used in the second paragraph of s. 20 of the *Pharmacy Act*, according to which a hospital may "supply" (*fournir*) drugs to its patients, even if they are not hospitalized. I see nothing in these provisions which limits to a very short period the right of doctors to supply "medicines". In the absence of any clearly restrictive provision, a doctor is entitled to supply the medicine indicated by the treatment and require compensation from the patient.

It does not seem necessary to examine the legislation any further. I would, however, add one word regarding the form of the information. The argument in this Court clearly indicated that appellant and respondent felt it was material to determine whether the drug was issued by the doctor himself or "through a person in his employ". In fact the information refers to sale through an intermediary, while the evidence presented by respondent's investigator proves the opposite. It is true that during his testimony the investigator produced the notes made by him in the course of his inquiry, notes which refer to sale through an intermediary, but those notes are not proof of their contents and do not add to the evidence. In the circumstances, and if it were necessary in order to dispose of the case, I would be inclined to hold that the offence with which appellant is charged has not been made out.

Les textes sur lesquels l'intimé s'appuie, lus à la lumière du principe posé dans l'arrêt *Gauvin* précité, ne permettent pas à mes yeux d'en arriver à cette conclusion, particulièrement si on les examine à la lumière des lois qui ont précédé celle qu'on nous demande maintenant d'interpréter.

L'art. 59 de la *Loi de Pharmacie* existe dans ses parties essentielles depuis 1875 (38 Vict., c. 37, art. 24), sauf que par 1-2 Eliz. II, c. 55, art. 47, furent ajoutés les mots «à moins que les drogues ou poisons visés par la présente loi ne soient vendus pour des fins thérapeutiques». Est-ce là une indication claire que le médecin ne peut plus vendre de médicaments dans le cadre de son traitement contrairement à ce qui existait jusque là? Je ne le crois pas. D'autant plus qu'aux termes de l'art. 59 de la *Loi médicale*, le médecin a le droit de recouvrer compensation pour les remèdes qu'il peut avoir «fournir». C'est le mot que l'on retrouve dans le deuxième alinéa de l'art. 20 de la *Loi de pharmacie* aux termes duquel l'hôpital peut «fournir» des drogues à ses patients même non hospitalisés. Je ne vois rien dans ces textes qui limite à une très courte période le droit des médecins de fournir «des médicaments». En l'absence de texte clairement restrictif, le médecin a le droit de fournir les médicaments indiqués par le traitement et d'exiger compensation du patient.

Je ne crois pas nécessaire d'aller plus loin dans l'étude des textes. Un mot toutefois quant à la formulation de la dénonciation. Le débat devant nous a clairement indiqué que l'appellant et l'intimé trouvent important de déterminer si la remise de la drogue a été faite par le médecin lui-même ou «par une personne à son emploi». En l'espèce, la dénonciation affirme la vente par personne interposée alors que la preuve faite par l'enquêteur de l'intimé affirme le contraire. Il est vrai que cet enquêteur, au cours de son témoignage, a produit les notes qu'il avait prises au cours de son enquête, notes qui affirment vente par personne interposée, mais ces notes ne font pas foi de leur contenu et n'ajoutent pas à la preuve. Dans les circonstances, si cela était nécessaire pour disposer de la matière, je serais porté à croire que l'infraction reprochée à l'appellant n'a pas été établie par la preuve.

For these reasons I would allow the appeal, quash the judgment of the Court of Queen's Bench, acquit appellant and award him costs in all Courts.

Appeal allowed with costs in all Courts.

Solicitors for the appellant: Dugas & Dugas, Joliette.

Solicitors for the respondent: Du Mesnil, Mailhot & Pomminville, Montreal.

Pour ces raisons, je maintiendrais l'appel, infirmerais le jugement de la Cour du Banc de la Reine, prononcerais l'acquittement de l'appellant et lui accorderais les frais dans toutes les cours.

Appel accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Procureurs de l'appellant: Dugas & Dugas, Joliette.

Procureurs de l'intimé: Du Mesnil, Mailhot & Pomminville, Montréal.

Robert Stewart Pierre Marcotte *Appellant*;
and

The Deputy Attorney General for Canada
and

**The Warden of Joyceville Federal
Institution** *Respondents*.

1974: November 13; 1974: November 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Statutes—Interpretation—Ambiguity—Legislative
history—Forfeiture of remission on revocation of
parole—Penitentiary Act, 1960-61 (Can.), ss. 22, 25—
Parole Act, 1958 (Can.), ss. 2, 16, 18.*

The appellant was serving sentences totalling 15 years imposed on February 28, 1962. He was released on parole but the parole was suspended 45 days later and later revoked. There were 582 days of statutory remission to his credit at the time of his release but upon revocation this accumulated statutory remission was taken by the authorities to have been forfeited. An application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid was granted but later set aside by the Court of Appeal.

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

Per Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ.: Whether a paroled inmate whose parole is revoked thereby loses his entitlement to statutory remission standing to his credit at the time of his release on parole depends on the proper construction of the *Penitentiary Act*, as of the date of parole revocation. Section 22 of the Act contains an entire code governing grant and forfeiture of statutory remission. The credit of statutory remission is not a deferred credit but a real and immediate entitlement. Subsections (3) and (4) of s. 22 alone provide for forfeiture of such remission, but then only for conviction in a disciplinary court for a disciplinary offence or conviction in a criminal court for escape or attempted escape. Even in these cases the extent of the forfeiture is subject to certain limitations and controls. Thus a recommitted parolee is required to serve the term that remained unexpired at the time of parole but is

Robert Stewart Pierre Marcotte *Appellant*;
c.

Le sous-procureur général du Canada
et

**Le Directeur de l'Institution fédérale de
Joyceville** *Intimés*.

1974: le 13 novembre; 1974: le 27 novembre.

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

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

*Lois—Interprétation—Ambiguïté—Historique de la
législation—Annulation de réduction de peine par révo-
cation de libération conditionnelle—Loi sur les péniten-
ciers, 1960-61 (Can.), art. 22, 25—Loi sur la libération
conditionnelle de détenus, 1958 (Can.), art. 2, 16, 18.*

L'appelant purgeait une peine cumulative de 15 ans qui lui avait été infligée le 28 février 1962. Il a été mis en liberté conditionnelle mais celle-ci a été suspendue 45 jours plus tard et ensuite révoquée. Il y avait 582 jours de réduction statutaire de peine inscrits à son crédit au moment de sa mise en liberté, mais lorsque sa libération conditionnelle a été révoquée, cette réduction statutaire accumulée a été considérée par les autorités comme ayant été annulée. Une demande d'*habeas corpus* accompagnée d'un *certiorari* a été accordée, mais par la suite la Cour d'appel l'a écartée.

Arrêt (les juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré étant dissidents): le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et *les* juges Spence, Dickson et Beetz: la solution du litige, à savoir si un libéré conditionnel dont la libération a été révoquée a ainsi perdu son droit à la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit au moment de sa mise en liberté conditionnelle, dépend de la juste interprétation de la *Loi sur les pénitenciers* telle qu'elle existait à l'époque de la révocation de la libération conditionnelle. L'article 22 de la Loi constitue un code complet régissant l'octroi et le retrait de la réduction statutaire. Le crédit de réduction statutaire n'est pas un crédit différé mais un droit véritable et immédiat. Seuls les par. (3) et (4) de l'art. 22 prévoient le retrait d'une telle réduction mais uniquement dans le cas de déclaration de culpabilité prononcée par un tribunal disciplinaire en raison d'une infraction à la discipline ou de déclaration de culpabilité prononcée par un tribunal criminel en raison d'une infraction relative à l'éva-

entitled to the statutory remission standing to his credit unless forfeited in whole or in part pursuant to s. 22(3) or (4) of the *Penitentiary Act*. Section 25 of the *Penitentiary Act* does not apply to s. 16(1) of the *Parole Act*. Its purpose is only to define the term of imprisonment while the parolee is at large. The legislative history supports this conclusion. There was a provision for forfeiture of remission which was not carried forward when the *Ticket of Leave Act* was replaced by the *Parole Act*.

Per Pigeon J.: Under the law in force when appellant's parole was revoked the revocation did not involve forfeiture of statutory remission standing to his credit.

Per Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ., dissenting: For the reasons given by Martin J.A. in the Court of Appeal, with which Gale C.J.O. agreed, the appeal should be dismissed.

[*Re Morin* (1968), 66 W.W.R. 566; *R. v. Howden* [1974] 2 W.W.R. 461; *Ex parte Hilson* (1973), 12 C.C.C. (2d) 343; *Re Abbott* (1970), 1 C.C.C. (2d) 147; *Ex parte Kolot* (1973), 13 C.C.C. (2d) 417; *Ex parte Rae* (1973), 14 C.C.C. (2d) 5, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ allowing an appeal pursuant to s. 719 of the *Criminal Code* from a judgment of Henderson J.² releasing the appellant on a *habeas corpus* application. Appeal allowed, Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. dissenting.

R. R. Price, and A. D. Gold, for the appellant.

A. C. Pennington, and P. Evraïne, for the respondents.

¹ (1973), 13 C.C.C. (2d) 114.

² (1973), 10 C.C.C. (2d) 441.

sion ou à la tentative d'évasion. Même dans ces cas, le retrait demeure sujet à certaines réserves et à certains contrôles quant à sa portée. Un détenu dont la libération conditionnelle octroyée a été révoquée doit donc purger la partie de sa peine qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de sa libération mais il a droit à la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit au moment de sa réception à un pénitencier, à moins qu'il n'y ait eu déchéance en tout ou en partie conformément aux par. (3) et (4) de l'art. 22 de la *Loi sur les pénitenciers*. L'article 25 de cette même loi ne s'applique pas au par. (1) de l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*. L'article 25 traite seulement des fins de la loi relative à la libération conditionnelle alors que le libéré conditionnel est en liberté. L'historique de la législation appuie la conclusion ci-dessus. Lorsque la loi antérieure a été remplacée par la loi actuelle sur la libération conditionnelle de détenus, on n'a pas reproduit une disposition qui prévoyait l'annulation de toute remise de peine antérieurement gagnée.

Le juge Pigeon: Suivant le droit en vigueur lorsque la libération conditionnelle de l'appelant a été révoquée, la révocation n'a pas entraîné la déchéance de la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit.

Les juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré, dissidents: Pour les motifs énoncés par le juge d'appel Martin en Cour d'appel, motifs auxquels le juge en chef de l'Ontario, le juge Gale, a souscrit, le pourvoi devrait être rejeté.

[Arrêts mentionnés: *Re Morin* (1968), 66 W.W.R. 566; *R. v. Howden*, [1974] 2 W.W.R. 461; *Ex parte Hilson* (1973), 12 C.C.C. (2d) 343; *Re Abbott* (1970), 1 C.C.C. (2d) 147; *Ex parte Kolot* (1973), 13 C.C.C. (2d) 417; *Ex parte Rae* (1973), 14 C.C.C. (2d) 5.]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a accueilli un appel interjeté en conformité des dispositions de l'art. 719 du *Code criminel* à l'encontre d'un jugement du juge Henderson² libérant l'appelant à la suite de sa demande d'*habeas corpus*. Pourvoi accueilli, les juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré étant dissidents.

R. R. Price et A. D. Gold, pour l'appelant.

A. C. Pennington et P. Evraïne, pour les intimés.

¹ (1973), 13 C.C.C. (2d) 114.

² (1973), 10 C.C.C. (2d) 441.

The judgment of The Chief Justice and Spence, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

DICKSON J.—In my view this appeal should succeed. The issue is whether a paroled inmate whose parole was revoked on August 29, 1968, thereby lost his entitlement to statutory remission standing to his credit at the time of his release on parole. The resolution of the issue depends on the proper construction, as of that date (the legislation having since been amended), of s. 22(1), (3), (4), s. 24 and s. 25 of the *Penitentiary Act*, 1960-61 (Can.), c. 53, reading:

22. (1) Every person who is sentenced or committed to penitentiary for a fixed term shall, upon being received into a penitentiary, be credited with statutory remission amounting to one-quarter of the period for which he has been sentenced or committed as time off subject to good conduct.

(3) Every inmate who, having been credited with remission pursuant to subsection (1) or (2), is convicted in disciplinary court of any disciplinary offence is liable to forfeit, in whole or in part, the statutory remission that remains to his credit, but no such forfeiture of more than thirty days shall be valid without the concurrence of the Commissioner, nor more than ninety days without the concurrence of the Minister.

(4) Every inmate who is convicted by a criminal court of the offence of escape or attempt to escape forthwith forfeits three-quarters of the statutory remission standing to his credit at the time that offence was committed.

24. Every inmate may, in accordance with the regulations, be credited with three days' remission of his sentence in respect of each calendar month during which he has applied himself industriously to his work, and any remission so earned is not subject to forfeiture for any reason.

25. Where, under the *Parole Act*, authority is granted to an inmate to be at large during his term of imprisonment, the term of imprisonment, for all purposes of that Act, includes any period of statutory remission standing to his credit when he is released but does not include any period of earned remission standing to his credit at that time.

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

LE JUGE DICKSON—A mon avis, le présent appel devrait être accueilli favorablement. La question en litige est de savoir si un libéré conditionnel dont la libération a été révoquée le 29 août 1968, a ainsi perdu son droit à la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit au moment de sa mise en liberté conditionnelle. La solution du litige dépend de la juste interprétation des par. (1), (3) et (4) de l'art. 22, de l'art. 24 et de l'art. 25 de la *Loi sur les pénitenciers*, 1960-61, (Can.) c. 53, tels qu'ils existaient alors (la loi ayant été depuis modifiée), et qui se lisent comme suit:

22. (1) Quiconque est condamné ou envoyé au pénitencier pour une période déterminée doit, dès sa réception à un pénitencier, bénéficier d'une réduction statutaire de peine équivalant au quart de la période pour laquelle il a été condamné ou envoyé au pénitencier, à titre de remise de peine sous réserve de bonne conduite.

(3) Chaque détenu qui, ayant bénéficié d'une réduction de peine conformément au paragraphe (1) ou (2), est déclaré coupable devant un tribunal disciplinaire d'une infraction à la discipline encourt la déchéance, en tout ou en partie, de son droit à la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit, mais une telle déchéance ne peut être valide à l'égard de plus de trente jours sans l'assentiment du commissaire, ni à l'égard de plus de quatre-vingt-dix jours sans l'assentiment du Ministre.

(4) Chaque détenu déclaré coupable par un tribunal criminel de l'infraction d'évasion ou de tentative d'évasion est immédiatement déchu de son droit aux trois quarts de la réduction statutaire de peine, inscrite à son crédit au moment où l'infraction a été commise.

24. Chaque détenu peut, en conformité avec les règlements, bénéficier d'une réduction de peine de trois jours pour chaque mois civil durant lequel il s'est adonné assidûment à son travail et toute semblable réduction de peine ainsi méritée n'est pas susceptible d'annulation pour quelque motif que ce soit.

25. Lorsque, en vertu de la *Loi sur les libérations conditionnelles*, il est accordé à un détenu l'autorisation d'être en liberté pendant la période de son emprisonnement, la durée de l'emprisonnement comprend, à toutes les fins de cette loi, les périodes de réduction statutaire de peine inscrites à son crédit lorsqu'il est mis en liberté mais ne comprend pas une période quelconque de réduction de peine méritée alors inscrite à son crédit.

and of s. 16(1) of the *Parole Act*, 1958 (Can.), c. 38, reading:

16. (1) Where the parole granted to an inmate has been revoked, he shall be recommitted to the place of confinement to which he was originally committed to serve the sentence in respect of which he was granted parole, to serve the portion of his original term of imprisonment that remained unexpired at the time his parole was granted.

This Court has had the benefit, if I may say so, of two excellent judgments delivered in the Court of Appeal for Ontario, one by Mr. Justice Martin with whom Chief Justice Gale agreed, the other by Mr. Justice Estey. Mr. Justice Martin concluded that the appellant, upon revocation of his parole, was not entitled to the benefit of statutory remission standing to his credit at the time of his release on parole. Mr. Justice Estey, for reasons which I find persuasive, reached the opposite conclusion.

Section 22 of the *Penitentiary Act* contains, in my opinion, an entire code governing the grant and the forfeiture of statutory remission. Every person sentenced to penitentiary for a fixed term is entitled as of right to be credited with statutory remission, "upon being received into a penitentiary". With great respect for those holding the contrary view, I cannot find in the language of s. 22 any substantial support for the contention that the statutory remission assured by s. 22(1) is a deferred credit which does not accrue to the inmate until such time as statutory remission, earned remission and time served equal the length of the sentence. It seems to me from s. 22(3) and (4) that the credit of statutory remission upon entering penitentiary is a real and immediate entitlement and not an elusive expectation, for one cannot forfeit what one does not have. It is true that the time off for which s. 22(1) provides is subject to good conduct but the conduct giving rise to forfeiture of remission credited, indeed the only conduct which the *Penitentiary Act* recognizes expressly as giving rise to forfeiture, is that spelled out in s. 22(3), conviction in a disciplinary court for a disciplinary offence, and in s. 22(4), escape or attempted escape. Parenthetically it may be observed that no forfeiture under s. 22(3) of more

ainsi que du par. (1) de l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, 1958 (Can.) c. 38, et qui se lit comme suit:

16. (1) Lorsque la libération conditionnelle octroyée à un détenu a été révoquée, celui-ci doit être envoyé de nouveau au lieu d'incarcération où il a été originairement condamné à purger la sentence à l'égard de laquelle il s'est vu octroyer la libération conditionnelle, afin qu'il y purge la partie de sa période originaire d'emprisonnement qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de cette libération.

Cette Cour a pu profiter, si je puis m'exprimer ainsi, de deux excellents jugements rendus en Cour d'appel de l'Ontario, l'un par M. le juge Martin, auquel le juge en chef Gale a souscrit, l'autre par M. le juge Estey. M. le juge Martin a conclu que l'appellant, lorsque sa libération conditionnelle a été révoquée, n'avait pas le droit de bénéficier de la réduction statutaire inscrite à son crédit au moment de sa mise en liberté conditionnelle. M. le juge Estey, se fondant sur des motifs que je trouve convaincants, en est arrivé à la conclusion opposée.

A mon avis, l'art. 22 de la *Loi sur les pénitenciers* constitue un code complet régissant l'octroi et le retrait de la réduction statutaire. Quiconque est condamné au pénitencier pour une période déterminée a le droit de bénéficier d'une réduction statutaire, «dès sa réception à un pénitencier». Avec le plus grand respect pour ceux qui soutiennent le point de vue opposé, je ne puis trouver dans le texte de l'art. 22 aucun fondement réel à la prétention que la réduction statutaire garantie par le par. (1) de l'art. 22 est un crédit différé qui ne peut profiter au détenu avant que la période de réduction statutaire, la période de réduction de peine méritée et la période de la sentence purgée, n'équivalent à la durée de la sentence. Il me semble qu'il découle des par. (3) et (4) de l'art. 22 que le crédit de réduction statutaire, dès l'admission au pénitencier, est un droit véritable et immédiat et non une probabilité, car on ne peut retirer à quelqu'un ce qu'il n'a pas. Il est vrai que la réduction de peine prévue par le par. (1) de l'art. 22 est subordonnée à la bonne conduite, mais la conduite qui peut entraîner le retrait de la réduction de peine créditée, la seule conduite que la *Loi sur les pénitenciers* reconnaît de façon expresse comme pouvant entraîner la déchéance, est celle énoncée au par. (3) de l'art. 22, soit être déclaré

than thirty days is valid without the concurrence of the Commissioner of Penitentiaries, nor more than ninety days without the concurrence of the Minister of Justice, and that an escape or attempt to escape results in forfeiture of three-quarters of the statutory remission standing to the credit of the inmate; yet if the contentions of the respondent are correct, a person whose parole has been revoked loses the entire statutory remission to his credit at the time of revocation. Parole may be suspended whenever a member of the Board or any person designated by the Board is satisfied that the arrest of the inmate is necessary or desirable in order to prevent a breach of any term or condition of the parole, and may be revoked in the untrammelled discretion of the Board.

Turning to s. 16 of the *Parole Act*, where parole has been revoked the inmate is recommitted to serve the portion of his original term of imprisonment that remained unexpired at the time his parole was granted. If, as I conceive it, the statutory remission is truly credited upon the person being received into a penitentiary, then, unless forfeited in whole or in part pursuant to s. 22(3) or (4) of the *Penitentiary Act*, that credit must be taken into account in computing the unexpired portion of the original term of imprisonment.

The difficulty to which the legislation has given rise would seem to originate in s. 25 of the *Penitentiary Act* and more particularly in the words "for all purposes of that Act", *i.e.*, the *Parole Act*. The argument briefly is that for all purposes of the *Parole Act* the term of imprisonment of an inmate released on parole includes any period of statutory remission standing to his credit when he is released. In my opinion s. 25 of the *Penitentiary*

coupable devant un tribunal disciplinaire d'une infraction à la discipline, et au par. (4) de l'art. 22, soit l'évasion ou la tentative d'évasion. On peut remarquer entre parenthèses qu'en vertu du par. (3) de l'art. 22, aucune déchéance n'est valide à l'égard de plus de trente jours sans l'assentiment du commissaire des pénitenciers ni à l'égard de plus de quatre-vingt-dix jours sans l'assentiment du ministre de la Justice et qu'une évasion ou une tentative d'évasion entraîne la déchéance du droit aux trois quarts de la réduction statutaire de peine inscrite au crédit du détenu; malgré cela, si les prétentions de l'intimé sont justifiées, une personne dont la libération conditionnelle est révoquée perd la totalité de la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit au moment de la révocation. La libération conditionnelle peut être suspendue toutes les fois qu'un membre de la Commission, ou une personne désignée par celle-ci, est convaincu que l'arrestation du détenu est nécessaire ou souhaitable en vue d'empêcher la violation d'une modalité de la libération conditionnelle et elle peut être révoquée à la discrétion absolue de la Commission.

Passons à l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, selon lequel lorsque la libération conditionnelle octroyée à un détenu a été révoquée, celui-ci doit purger la partie de sa période originaire d'emprisonnement qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de sa libération. Si, comme je le conçois, la réduction statutaire est véritablement créditée au détenu dès sa réception à un pénitencier, alors, à moins qu'il n'y ait eu déchéance en tout ou en partie conformément aux par. (3) et (4) de l'art. 22 de la *Loi sur les pénitenciers*, on doit tenir compte de ce crédit en calculant la partie de la période originaire d'emprisonnement qui n'est pas expirée.

Les problèmes qu'ont suscités les textes législatifs semblent découler de l'art. 25 de la *Loi sur les pénitenciers* et plus particulièrement des mots «à toutes les fins de cette loi», *c.-à-d.*, la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*. Brièvement, la prétention est qu'à toutes les fins de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, la durée de l'emprisonnement d'un détenu en liberté conditionnelle comprend toute période de réduction statu-

Act does not apply to s. 16(1) of the *Parole Act*. The *Parole Act* empowers the Board to review the cases of inmates, grant parole where the Board considers that reform and rehabilitation will be aided by the grant of parole, and revoke parole where necessary. The length of the remaining term on the recommitment is a consequence of the revocation; it does not appear to be a purpose of the enactment. It should be noted also that the only section of the *Parole Act* purporting to touch upon sentence is s. 18 (whipping) which is significantly found under a different heading "Additional Jurisdiction". It is not one of the purposes of the *Parole Act* to effect changes in sentences. Mr. Justice Martin finds that revocation generally is the partial purpose of the *Act* and that the additional loss of statutory remission is further incentive to abide by the parole conditions. But as intimated by Mr. Justice Estey, the loss of liberty and the necessity of re-serving parole time are sufficient incentives to the parolee without the added burden of loss of statutory remission. Mr. Justice Estey also draws attention to the disincentive to parole which would be created if the potential parolee were faced with the prospect of losing all statutory remission referable to time served in the event his parole is revoked.

In determining whether s. 25 of the *Penitentiary Act* affects s. 16(1) of the *Parole Act*, the words "where . . . authority is granted . . . to be at large . . ." must be given effect. Section 25 is confined to the purposes of the parole legislation while the parolee is at large. This is understandable. The purpose is to ensure an extended period of supervision while at large and also, when the authorities

taire de peine inscrite à son crédit lorsqu'il est mis en liberté. A mon avis, l'art. 25 de la *Loi sur les pénitenciers* ne s'applique pas au par. (1) de l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*. La *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* donne à la Commission le pouvoir d'examiner les cas des détenus, d'accorder la liberté conditionnelle si la Commission considère que l'octroi de la libération conditionnelle facilitera le redressement et la réhabilitation, et de révoquer la libération conditionnelle si nécessaire. La durée de la période d'emprisonnement que le détenu a à purger lorsqu'il est incarcéré de nouveau est une conséquence de la révocation; elle n'apparaît pas être une des fins visées par la loi. Il faudrait également remarquer que le seul article de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* visant la question de la sentence est l'art. 18 (peine de fouet) qui, de façon significative, se retrouve sous un en-tête différent «Jurisdiction additionnelle». Ce n'est pas l'une des fins de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* de modifier les sentences. M. le juge Martin conclut que généralement la révocation est partiellement la fin de la Loi et que la perte additionnelle de la réduction statutaire est une incitation supplémentaire à se conformer aux conditions de la libération. Mais comme le donne à entendre M. le juge Estey, la perte de liberté et l'obligation de purger à nouveau la partie de la peine passée en libération conditionnelle sont des incitations suffisantes pour le libéré conditionnel sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter le fardeau de la perte de réduction statutaire. M. le juge Estey a également fait remarquer qu'on pourrait créer un désintéressement pour la libération conditionnelle si les libérés conditionnels éventuels étaient placés dans la perspective de perdre tous leurs droits à la réduction statutaire acquise pour la période purgée en prison au cas où leur libération conditionnelle est révoquée.

Pour déterminer si l'art. 25 de la *Loi sur les pénitenciers* touche le par. (1) de l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, il faut donner un effet aux mots «lorsque . . . il est accordé . . . l'autorisation d'être en liberté . . .». L'article 25 traite seulement des fins de la loi relative à la libération conditionnelle alors que le libéré conditionnel est en liberté. Ceci est compré-

contemplate revocation of a parole, they must know the date on which the sentence expires (*vide* ss. 11 and 12 of the *Parole Act*). The relevant sections speak in terms of "inmate", defined by s. 2 as a person under "sentence of imprisonment". Section 25 of the *Penitentiary Act* supplies the required definition of this "term of imprisonment". I conclude that s. 16(1) is quite independent of and unaffected by s. 25.

The legislative history supports the foregoing conclusion. If one examines the *Penitentiary Act* R.S.C. 1952, c. 206, s. 69, it will be seen that provision was made there for a convict earning remission not exceeding six days for every month of good conduct and in addition, when the convict had at his credit seventy-two days of remission, he might be allowed, for every subsequent month during which his conduct and industry were satisfactory, ten days' remission per month. Subsection (4) of s. 69 then provided:

(4) Every convict who escapes, attempts to escape, breaks prison, attempts to break prison, breaks out of his cell, or makes any breach therein with intent to escape, or assaults any officer or servant of the penitentiary, or being the holder of a licence under the Ticket of Leave Act, forfeits such licence, shall forfeit the whole of the remission which he has earned. (Emphasis added)

A licence under the *Ticket of Leave Act* was the equivalent of parole, 1958 (Can.), c. 38, s. 24. The significance of the earlier legislation, in my opinion, lies in the fact that under that legislation there was express provision for forfeiture of remission on forfeiture of a licence under the *Ticket of Leave Act*, but when the legislation was changed and the present ss. 22 to 25 of the *Penitentiary Act* were enacted, the provision was not carried forward into the new legislation. It is, therefore, I think, fair to conclude that Parliament did not intend any forfeiture by ss. 22 to 25 of the new legislation and that nothing in these sections affects the plain and

hensible. L'article vise à étendre la période de surveillance du détenu pendant qu'il est en liberté et aussi, lorsque les autorités envisagent la révocation d'une libération conditionnelle, ils doivent connaître la date de l'expiration de la sentence (*vide* art. 11 et 12 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*). Les articles pertinents traitent du «détenu», tel que défini à l'art. 2, désignant une personne «condamnée à une peine d'emprisonnement». L'article 25 de la *Loi sur les pénitenciers* fournit la définition requise de cette «période d'emprisonnement». J'en conclus que le par. (1) de l'art. 16 est tout à fait indépendant de l'art. 25 et qu'il n'est pas visé par ce dernier.

L'historique de la législation appuie la conclusion ci-dessus. Si l'on examine la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1952, c. 206, art. 69, on verra qu'on y dispose qu'un détenu peut gagner une remise de peine n'excédant pas six jours pour chaque mois de bonne conduite et qu'en plus, lorsque le détenu a à son crédit une remise de peine de soixante-douze jours, il peut obtenir pour chaque mois subséquent durant lequel il continue à donner satisfaction par sa conduite et son application une remise de dix jours pour chaque mois qui suit. Le par. (4) de l'art. 69 prescrit ensuite:

(4) Tout détenu qui s'évade, tente de s'évader, effectue ou tente un bris de prison, s'échappe par bris de sa cellule, ou fait à sa cellule quelque dégradation dans le but de s'échapper, ou qu'il se livre à des voies de fait sur un fonctionnaire ou préposé du pénitencier, ou qui, étant porteur d'un permis prévu par la Loi sur la libération conditionnelle, est déchu de ce permis, perd toute la remise de peine par lui gagnée. (Les soulignés sont de moi)

Un permis octroyé selon la *Loi sur les libérations conditionnelles* équivalait à une libération conditionnelle, 1958 (Can.), c. 38, art. 24. L'importance du texte législatif antérieur réside, à mon avis, dans le fait que dans ce texte législatif il y avait une disposition expresse relative à la perte de remise de peine dans le cas de déchéance du permis octroyé en vertu de la *Loi sur les libérations conditionnelles* mais lorsque la loi a été modifiée et que les présents art. 22 à 25 de la *Loi sur les pénitenciers* ont été adoptés, la disposition n'a pas été reproduite dans la nouvelle loi. Par conséquent, je pense qu'il est juste de conclure que

ordinary meaning of the words used in s. 16(1) of the *Parole Act* (the earlier counterpart of which was s. 9(1) of the *Ticket of Leave Act*).

Even if I were to conclude that the relevant statutory provisions were ambiguous and equivocal—a conclusion one could reach without difficulty on reading *Re Morin*³, *R. v. Howden*⁴, *Ex Parte Hilson*⁵, *Re Abbott*⁶, and then reading *Ex Parte Kolot*⁷ and *Ex Parte Rae*⁸—I would have to find for the appellant in this case. It is unnecessary to emphasize the importance of clarity and certainty when freedom is at stake. No authority is needed for the proposition that if real ambiguities are found, or doubts of substance arise, in the construction and application of a statute affecting the liberty of a subject, then that statute should be applied in such a manner as to favour the person against whom it is sought to be enforced. If one is to be incarcerated, one should at least know that some Act of Parliament requires it in express terms, and not, at most, by implication.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the judgment of Henderson J.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—I agree with the reasons given by Martin J.A. in the Court of Appeal, with which Gale C.J.O. agreed. I would dismiss this appeal.

PIGEON J.—I agree with Dickson J.'s conclusion on his view that under the law in force when appellant's parole was revoked this did not involve

³ (1968), 66 W.W.R. 566.

⁴ [1974] 2 W.W.R. 461.

⁵ (1973), 12 C.C.C. (2d) 343.

⁶ (1970), 1 C.C.C. (2d) 147.

⁷ (1973), 13 C.C.C. (2d) 417.

⁸ (1973), 14 C.C.C. (2d) 5.

le Parlement n'a pas voulu inclure aucune mesure de déchéance dans les art. 22 à 25 de la nouvelle loi et que rien dans ces articles ne peut toucher le sens clair et ordinaire des mots employés au par. (1) de l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* (dont le par. (1) de l'art. 9 de la *Loi sur les libérations conditionnelles* était antérieurement l'équivalent).

Même si je devais conclure que les dispositions pertinentes sont ambiguës et équivoques—une conclusion à laquelle on peut arriver sans difficulté en lisant les arrêts *Re Morin*³, *R. v. Howden*⁴, *Ex Parte Hilson*⁵, *Re Abbott*⁶, et en lisant ensuite *Ex Parte Kolot*⁷, et *Ex Parte Rae*⁸—je devrais conclure en faveur de l'appellant en l'espèce. Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance de la clarté et de la certitude lorsque la liberté est en jeu. Il n'est pas besoin de précédent pour soutenir la proposition qu'en présence de réelles ambiguïtés ou de doutes sérieux dans l'interprétation et l'application d'une loi visant la liberté d'un individu, l'application de la loi devrait alors être favorable à la personne contre laquelle on veut exécuter ses dispositions. Si quelqu'un doit être incarcéré, il devrait au moins savoir qu'une loi du Parlement le requiert en des termes explicites, et non pas, tout au plus, par voie de conséquence.

Je serais d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge Henderson.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Je souscris aux motifs énoncés par le juge d'appel Martin en Cour d'appel, motifs auxquels le juge en chef de l'Ontario, le juge Gale, a souscrit. Je suis d'avis de rejeter cet appel.

LE JUGE PIGEON—Je souscris à la conclusion du juge Dickson en adoptant son avis que, suivant le droit en vigueur lorsque la libération condition-

³ (1968), 66 W.W.R. 566.

⁴ [1974] 2 W.W.R. 461.

⁵ (1973), 12 C.C.C. (2d) 343.

⁶ (1970), 1 C.C.C. (2d) 147.

⁷ (1973), 13 C.C.C. (2d) 417.

⁸ (1973), 14 C.C.C. (2d) 5.

forfeiture of statutory remission standing to his credit.

Appeal allowed, MARTLAND, JUDSON, RITCHIE and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto and R. R. Price, Kingston.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General, Ottawa.

nelle de l'appelant a été révoquée, la révocation n'a pas entraîné la déchéance de la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit.

Appel accueilli, les JUGES MARTLAND, JUDSON, RITCHIE et DE GRANDPRÉ étaient dissidents.

Procureurs de l'appelant: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto; R. R. Price, Kingston.

Procureur des intimés: Le sous-procureur général, Ottawa.

Colt Industries (Canada) Ltd. et al.
Appellant;

and

The School Commissioners for the Municipality of St-Joseph de Sorel and Tracy Respondents.

Profis Holdings Ltd. Appellant;

and

Beloit Sorel Walmsley Ltd. Appellant in continuance of suit;

and

The School Commissioners for the Municipality of St-Joseph de Sorel and Tracy Respondents.

Quebec Iron & Titanium Corporation Appellant;

and

The School Commissioners for the Municipality of St-Joseph de Sorel and Tracy Respondents.

1974: February 14; 1974: October 1.

Present: Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grand-pré JJ.

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

Taxation—Valuation for school tax—Machinery declared non-taxable by one municipality in the school territory—Basis of valuation for entire school territory—Education Act, R.S.Q. 1964, c. 235, s. 373.

The territory of respondent school board takes in that of the two municipalities of St-Joseph de Sorel and Tracy. The latter adopted, under the *Cities and Towns Act*, as amended in 1959, a by-law providing that machinery was not included in taxable immovables. This was effective for school as well as for municipal purposes. When the school commissioners carried out the examination of the valuation rolls of each municipality as prescribed by s. 373 of the *Education Act*, they

Colt Industries (Canada) Ltd. et al.
Appelante;

et

Les commissaires d'écoles pour la municipalité scolaire de St-Joseph de Sorel et Tracy Intimés.

Profis Holdings Ltd. Appelante;

et

Beloit Sorel Walmsley Ltd. Appelante en reprise d'instance;

et

Les commissaires d'écoles pour la municipalité scolaire de St-Joseph de Sorel et Tracy Intimés.

Quebec Iron & Titanium Corporation Appelante;

et

Les commissaires d'écoles pour la municipalité scolaire de St-Joseph de Sorel et Tracy Intimés.

1974: le 14 février; 1974: le 1^{er} octobre.

Présents: Les juges Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grand-pré.

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

Taxation—Évaluation pour taxe scolaire—Machinerie déclarée non imposable par une municipalité du territoire scolaire—Base d'évaluation pour tout le territoire scolaire—Loi de l'instruction publique, S.R.Q. 1964, c. 235, art. 373.

Le territoire de la Commission scolaire intimée comprend celui des municipalités de St-Joseph de Sorel et de Tracy. Cette dernière a adopté en vertu de la *Loi des cités et villes*, amendée en 1959, un règlement décrétant que les machineries n'y sont pas des immeubles imposables. Cela vaut pour fins scolaires comme pour fins municipales. Lorsque les commissaires ont fait l'examen des rôles d'évaluation de chaque municipalité, prescrit par l'art. 373 de la *Loi de l'Instruction publique*, ils les

amended them so as to establish on the basis of its real value the valuation of the taxable property of all the parts of the school municipality. Appellants appealed from respondents' resolution homologating the rolls as amended. Those appeals were dismissed. Hence the appeals to this Court.

Held: The appeals should be dismissed.

In the part of the text of s. 373 of the *Education Act* that prescribes what the commissioners must do, the legislator states: "to re-establish on the basis of its real value the valuation of the taxable property". The law intended only to provide for taxation according to the real value established on the same basis, of such immovables as are taxable in each municipality. This leaves to each town the option of enacting that, within its territory, machinery shall not be included in taxable immovables; however, there is no indication of any intention to give priority to the decision of any one town so far as the taxation of machinery is concerned. Under the Act, respondents were required to amend the valuation roll so as to establish on the basis of its real value the valuation of the taxable property of all parts of the school municipality, which they did.

So far as the other questions raised are concerned, appellants have not shown that the unanimous conclusions of the courts of Quebec were in error.

Richmond Pulp v. Bromptonville, [1970] S.C.R. 453; *Protestant School Board of Greater Montreal v. Jenkins Bros. Ltd.*, [1967] Que. Q.B. 19, upheld [1967] S.C.R. 739 referred to.

APPEALS from judgments of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, affirming the judgments of the Provincial Court for the district of Richelieu. Appeals dismissed.

Richard Riendeau, for appellant, Colt Industries.

Paul-Emile Blain, Q.C., for appellant, Beloit Sorel Walmsley Ltd.

Charles Gonthier, Q.C., for appellant, Quebec Iron & Titanium Corp.

Jacques Viau, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—These three appeals really raise only one question. As its name indicates, the territory of the respondent school board takes in that of two municipalities: the towns of St-Joseph de Sorel

ont modifiés de façon à établir sur la base de la valeur réelle l'évaluation des propriétés imposables de toutes les parties de la municipalité scolaire. Les appelantes ont fait appel de la résolution des intimés homologuant les rôles ainsi amendés. Ces appels ont été rejetés. D'où les pourvois à cette Cour.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

Dans la partie du texte de l'art. 373 de la *Loi de l'Instruction publique* qui prescrit ce que les commissaires doivent faire, le législateur dit: «rétablir sur la base de la valeur réelle l'évaluation des propriétés imposables». La loi vise seulement à faire taxer selon la valeur réelle établie sur la même base ce que sont les immeubles imposables dans chaque municipalité. Cela laisse à chaque ville la possibilité de décréter que, pour son territoire, la machinerie ne sera pas comprise dans les immeubles imposables; mais rien n'indique l'intention de faire prévaloir quant à la taxation de la machinerie, la décision d'une ville à l'encontre des autres. En vertu de la loi, les intimés devaient modifier le rôle d'évaluation de façon à établir sur la base de la valeur réelle l'évaluation des propriétés imposables de toutes les parties de la municipalité scolaire, ce qu'ils ont fait.

Quant aux autres questions soulevées, les appelantes n'ont aucunement démontré que les conclusions concordantes des tribunaux du Québec étaient erronées.

Arrêts mentionnés: *Richmond Pulp c. Bromptonville*, [1970] R.C.S. 453; *Le Bureau Métropolitain des Écoles Protestantes de Montréal c. Jenkins Bros. Ltd.*, [1967] B.R. 19 confirmé [1967] R.C.S. 739.

APPELS de jugements de la Cour du banc de la reine, province de Québec, confirmant les jugements de la Cour provinciale pour le district de Richelieu. Appels rejetés.

Richard Riendeau, pour l'appelante Colt Industries.

Paul-Émile Blain, c.r., pour l'appelante Beloit Sorel Walmsley Ltd.

Charles Gonthier, c.r., pour l'appelante Québec Iron & Titanium Corp.

Jacques Viau, c.r., pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ces trois pourvois ne soulèvent vraiment qu'une seule question. Comme son nom l'indique, le territoire de la Commission scolaire intimée comprend celui de deux municipali-

and Tracy. The latter adopted, as it was authorized to do by the amendment made in 1959 to s. 488 of the *Cities and Towns Act* (now R.S.Q. c. 193), a by-law providing that machinery was not included in immovables taxable in the municipality. This was effective, for school as well as for municipal purposes, as this Court held in *Richmond Pulp v. Bromptonville*¹. What then was the position when the school commissioners carried out the examination of the valuation rolls prescribed by s. 373 of the *Education Act* (now R.S.Q. c. 235)?

373. The commissioners or trustees of a school municipality the territory of which wholly or partly covers that of several municipalities shall, before fixing the rate of their annual assessment or of any special assessment, at a meeting called for such purpose, after public notice, examine the valuation roll in force in each of such municipalities. If they find that the property pursuant to the said rolls is valued on an equal basis, they shall homologate such valuation rolls or the parts which concern them. However, if they find that the valuation made in such municipalities is not uniform, they shall amend such various rolls so as to re-establish on the basis of its real value the valuation of the taxable property of all the parts of the school municipality. The valuation rolls or the parts which concern them thus amended shall be homologated.

The collection rolls of the said school commissioners or trustees shall be made according to the valuation rolls thus homologated.

It will be seen that the rolls are not to be homologated unless the commissioners "find that the property pursuant to the said rolls is valued on an equal basis". "However, if they find that the valuation . . . is not uniform, they shall amend such various rolls so as to re-establish on the basis of its real value the valuation of the taxable property of all the parts of the school municipality." Does this mean they must make the adjustments required to tax at its real value taxable property throughout the territory without allowing for the fact that in one of the two municipalities the valuation entered on the roll does not include the value of machinery, since it is not taxable in that municipality?

tés: les villes de St-Joseph de Sorel et de Tracy. La seconde a adopté, comme le lui permettait l'amendement apporté en 1959 à l'art. 488 de la *Loi des cités et villes* (aujourd'hui S.R.Q. c. 193), un règlement décrétant que les machineries n'y sont pas des immeubles imposables. Cela vaut, pour fins scolaires comme pour fins municipales, ainsi qu'il a été décidé dans l'affaire *Richmond Pulp c. Bromptonville*¹. Qu'arrive-t-il alors lorsque les commissaires d'écoles font l'examen des rôles d'évaluation prescrit à l'art. 373 de la *Loi de l'Instruction publique* (aujourd'hui S.R.Q. c. 235)?

373. Les commissaires ou les syndics d'une municipalité scolaire, dont le territoire couvre, en tout ou en partie, celui de plusieurs municipalités, doivent, avant de fixer le taux de leur cotisation annuelle ou de toute cotisation spéciale, à une session convoquée à cet effet, après avis public, examiner le rôle d'évaluation en vigueur dans chacune de ces municipalités. S'ils constatent que la propriété en vertu desdits rôles est évaluée sur une base égale, ils doivent homologuer ces rôles d'évaluation ou les parties les concernant. Cependant, s'ils constatent que l'évaluation faite dans ces municipalités n'est pas uniforme, ils doivent modifier ces différents rôles de façon à rétablir sur la base de la valeur réelle l'évaluation des propriétés imposables de toutes les parties de la municipalité scolaire. Les rôles d'évaluation ou les parties les concernant ainsi modifiés doivent être homologués.

Les rôles de perception desdits commissaires ou syndics d'écoles doivent être faits suivant les rôles d'évaluation ainsi homologués.

On voit que ce n'est que s'ils «constatent que la propriété en vertu desdits rôles est évaluée sur une base égale» qu'ils doivent les homologuer. «Cependant, s'ils constatent que l'évaluation . . . n'est pas uniforme, ils doivent modifier ces différents rôles de façon à rétablir sur la base de la valeur réelle l'évaluation des propriétés imposables de toutes les parties de la municipalité scolaire». Cela veut-il dire qu'ils doivent faire les ajustements requis pour taxer à leur valeur réelle les biens imposables dans tout le territoire sans tenir compte du fait que dans une des deux municipalités, l'évaluation inscrite au rôle ne comprend pas la valeur des machineries puisqu'elles n'y sont pas imposables?

¹ [1970] S.C.R. 453.

¹ [1970] R.C.S. 453.

In *Protestant School Board of Greater Montreal v. Jenkins Bros. Ltd.*², this Court affirmed the decision of the Court of Appeal³ holding that the School Board, in arriving at a uniform valuation for school purposes, should have excluded the value of the machinery included in the municipal valuation established by a city in which it was taxable, whereas it was not taxable in the City of Montreal. The provision interpreted in that case was quoted *verbatim* in the following passage from the reasons of Pratte J. (at p. 25):

[TRANSLATION] It must, however, be accepted that the Legislature has indicated the intention that there shall be a uniform basis of valuations in all municipalities subject to the jurisdiction of the Greater Montreal School Board. This clearly appears from s. 3 of 11 Geo. VI, c. 81 (as replaced by s. 5 of 4-5 Eliz. II, c. 124, and amended by s. 7 of 10-11 Eliz. II, c. 17). That provision reads as follows:

3. If the valuations, or any one of them, appearing on the valuation roll of any such municipality are not established on a basis equal to the basis of the valuations made in the city of Montreal, the Protestant School Board of Greater Montreal shall, by resolution, direct amendments to the valuation roll of all or any immoveable properties entered on the protestant and neutral panels in such municipality other than the city of Montreal, and direct that such amended valuation roll shall replace for all purposes of assessment and collection of school taxes in respect of immoveable properties entered on the protestant and neutral panels, the valuation roll theretofore in use by such municipality.

The Act containing this provision does not indicate what is meant by "basis of the valuations"; and, in the absence of enactments clarifying the intent of the Legislature the meaning of the phrase might be discussed endlessly. The fact is, however, as we shall see, that the Legislature has expressed its intent on this question quite clearly in a statute dealing specifically with the valuation of property subject to the school tax. As we know, one of the basic principles of real property taxation is that the taxable property shall be valued at its real value (*Cities and Towns Act*, s. 485; *Municipal Code*, s. 650). Now, if we turn to s. 367 of the *Education Act* (R.S.Q. 1941, c. 59 (R.S.Q. 1964, c. 235)), we find that it is this real value which is to be used as the "basis of the valuations". Accordingly it seems logical to

Dans *Le Bureau Métropolitain des Écoles Protestantes de Montréal c. Jenkins Bros. Ltd.*², cette Cour a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel³ statuant que le Bureau Métropolitain devait, en procédant à l'uniformisation de l'évaluation municipale pour fins scolaires, exclure la valeur de la machinerie comprise dans l'évaluation municipale faite par une ville où elle était imposable alors qu'elle ne l'était pas dans la Ville de Montréal. Le texte qu'il s'agissait d'interpréter est cité textuellement dans le passage suivant des notes de M. le juge Pratte (à la p. 25):

Il faut bien admettre, cependant, que le législateur a, par ailleurs, manifesté sa volonté que la base des évaluations soit uniforme dans toutes les municipalités soumises à la juridiction du Bureau métropolitain. Cela ressort clairement de l'article 3 de la loi 11 Geo. VI, ch. 81 (tel que remplacé par l'article 5 de la loi 4-5 Éliz. II, ch. 124, et modifié par l'article 7 de la loi 10-11 Éliz. II, ch. 17). Voici le texte de cette disposition:

3. Si les évaluations ou l'une des évaluations inscrites au rôle d'évaluation de cette municipalité ne sont pas établies sur une base égale à la base des évaluations faites dans la cité de Montréal, le Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal doit, par une résolution, ordonner des modifications au rôle d'évaluation de tous les immeubles et de tout immeuble inscrits sur la liste protestante et la liste neutre, dans cette municipalité autre que la Cité de Montréal, et ordonner que ce rôle modifié remplace, pour toutes fins de cotisation et de perception des taxes scolaires à raison des immeubles inscrits sur la liste protestante et la liste neutre, le rôle d'évaluation jusque-là en usage dans cette municipalité.

La loi dont cette disposition fait partie ne précise pas ce qu'il faut entendre par «base des évaluations»; et, en l'absence de textes permettant de déceler la pensée du législateur, on pourrait discuter longuement sur le sens de l'expression. Toutefois, comme on va le voir, il se trouve que le législateur s'est exprimé assez clairement sur ce sujet dans une loi qui porte précisément sur l'évaluation des biens assujettis à l'impôt scolaire. On sait que l'un des principes fondamentaux en matière d'impôt foncier est que le bien imposable doit être évalué à sa valeur réelle (*Loi des cités et villes*, art. 485; *Code municipal*, art. 650). Maintenant, si l'on se reporte à l'article 367 de la *Loi de l'instruction publique* (S.R.Q. 1941, ch. 59 (S.R.Q. 1964, ch. 235)), on voit que c'est cette valeur réelle qui doit servir comme «base des

² [1967] S.C.R. 739.

³ [1967] Que. Q.B. 19.

² [1967] R.C.S. 739.

³ [1967] B.R. 19.

conclude that what the Legislature intended by enacting s. 3 of 11. Geo. VI, c. 81 was that, in all municipalities within the jurisdiction of the Greater Montreal School Board, the real value of immoveables should be arrived at in accordance with the rules followed in the valuation of immoveables located in Montreal, especially those respecting the elements to be included in determining the value. I do not see how the uniformity desired by the Legislature can otherwise be achieved.

Similarly, Montgomery J.A. made the following observations, which were quoted and unanimously approved by this Court (at p. 29):

It may be that the primary purpose of the Legislature, in enacting 11 Geo. VI, c. 81, was to provide additional revenues for respondent, but it seems also to have been the intention of the Legislature to spread the burden of taxation for school purposes more evenly among the owners of properties on the protestant and neutral panels in the various municipalities subject to respondent's jurisdiction. This intent is particularly clear from the recent amendments to the above Act made by 10-11 Eliz. II, c. 17, which in its title and preamble makes no reference to appellant but is entitled merely "An Act respecting valuation for school purposes". Before this Act, respondent had a discretionary power to revise the valuation rolls of the municipalities other than the City of Montreal. After section 7 came into force on December 1st, 1962, (a few months before the date of the resolution in question), respondent no longer had this discretion. It was obliged to revise these valuation rolls if they were not established on a basis equal to the basis of valuations made in Montreal, even if such revision were to its disadvantage.

I am satisfied that it was the intention of the Legislature that, so far as possible, equality should be established among the owners of properties on the protestant and neutral panels in all territories subject to respondent's jurisdiction. This intention is partly defeated by giving a restricted meaning to the term "basis of the valuation", limiting it to the rules followed in determining values per square foot of land and per cubic foot of building space and ignoring the various legal provisions as to the accessories to be included in the value of the immovable.

It must be noted that it was by this same "Act respecting valuation for school purposes" that the Quebec Legislature made in the general statute on

évaluations». Aussi, me paraît-il logique de conclure que ce que le législateur a voulu en édictant l'article 3 de la loi 11 Geo. VI, ch. 81, c'est que, dans toutes les municipalités soumises au Bureau métropolitain, la valeur réelle des immeubles soit établie d'après les règles suivies pour l'évaluation des immeubles situés à Montréal, notamment celles relatives aux éléments qui doivent entrer dans la détermination de la valeur. Je ne crois pas que l'on puisse autrement atteindre à l'uniformité désirée par le législateur.

De même M. le juge Montgomery a fait les observations suivantes qui ont été citées et approuvées unanimement en cette Cour (à la p. 29):

[TRADUCTION] Il se peut que le but principal du législateur, en adoptant la loi 11 Geo. VI, c. 81, ait été de procurer des revenus additionnels à l'intimé, mais il semble aussi que le législateur ait eu l'intention de répartir le fardeau des taxes pour fins scolaires plus également entre les propriétaires inscrits sur les listes protestante et neutre dans les différentes municipalités soumises à l'autorité de l'intimé. Cette intention ressort de façon particulièrement claire des récentes modifications apportées à la loi précitée par la loi 10-11 Éliz. II, c. 17, qui dans son titre et dans son préambule ne fait pas mention de l'appelante mais s'intitule simplement «Loi concernant l'évaluation pour fins scolaires». Avant l'adoption de cette dernière loi, l'intimé avait le pouvoir discrétionnaire de reviser les rôles d'évaluation des municipalités autres que la Ville de Montréal. Lorsque l'article 7 de la loi est entré en vigueur, le 1^{er} décembre 1962, (quelques mois avant la date de la résolution dont il est question), l'intimé a perdu cette discrétion. Il lui incombait dorénavant de reviser les rôles d'évaluation s'ils n'étaient pas établis sur une base égale à celle des évaluations faites dans Montréal, même si une telle révision se soldait à son désavantage.

Je suis convaincu que le législateur a voulu que, autant que possible, un régime d'égalité soit établi parmi les propriétaires inscrits sur les listes protestante et neutre dans toutes les municipalités soumises à l'autorité de l'intimé. On fait partiellement échec à cette intention si on restreint le sens de l'expression «base de l'évaluation» de façon à la limiter aux règles suivies pour fixer la valeur des terrains par pied carré et la valeur des bâtiments par pied cube et si on refuse de tenir compte des différentes dispositions législatives relatives aux accessoires qui doivent être compris dans la valeur de l'immeuble.

Il importe de signaler que c'est par la même «Loi concernant l'évaluation pour fins scolaires» que la Législature du Québec a apporté à la loi

school taxes, the *Education Act*, the changes the effect of which is to be determined in the case at bar, and gave the special statute governing school taxes in Greater Montreal the form in which it was interpreted by the courts in *Jenkins*. In that case this Court, adopting the reasons of Montgomery J.A., found that this legislation was intended to establish equality of treatment between taxpayers for school taxation purposes. Accordingly, this Court held that the phrase "basis of the valuation" did not refer only to the rules to be followed in determining the value of land by the square foot, and that of buildings by the cubic foot, but included the provisions determining which appurtenances should be included in the value of immoveables. In the *Charter of the City of Montreal, 1960* (1959-60, c. 102), these provisions are found in s. 781, the first paragraph of which reads as follows:

781. The immoveables shall include the lands, the buildings and all that is affixed or appertaining to a building or to a lot so as to form part thereof, but shall not include machines and motors, tools and drive-shafts used for industrial purposes, with the exception of machines producing motive power.

It will be noted that this provision deals specifically with the same subject-matter as s. 488 of the *Cities and Towns Act*. The decision in *Jenkins* was therefore that the legislation on school taxes in Greater Montreal had sufficiently indicated the intention to make the treatment of all taxpayers uniform; for the phrase "basis of the valuation" to be interpreted as covering, not only the method of valuation, but also the fixing of what should be included in the valuation as forming part of the immoveables.

However, the wording of s. 373 of the *Education Act* is quite different from the wording of s. 3 of the Act in question in *Jenkins*. In the latter case the standard prescribed by the Legislature was "the basis of the valuation made in the City of Montreal". There was nothing to prevent the Court from including in the meaning of this phrase a determination of the content as well as of the rules to be applied to quantify it in dollars. Here, in that part of the provision which lays down what

générale sur les taxes scolaires, la *Loi de l'Instruction publique*, les modifications dont il faut déterminer la portée dans la présente cause et a donné à la loi spéciale régissant la taxe scolaire dans Montréal métropolitain la forme sous laquelle les tribunaux ont été appelés à l'interpréter dans l'affaire *Jenkins*. Dans cette affaire-là on a, en adoptant les motifs de M. le juge Montgomery, reconnu dans cette législation l'intention d'établir l'égalité de traitement entre les contribuables pour fins de taxation scolaire. En conséquence, on a conclu que l'expression «base de l'évaluation» ne devait pas se limiter aux règles suivies pour fixer la valeur des terrains par pied carré et celle des bâtiments par pied cube, mais qu'elle devait également embrasser les dispositions qui déterminent quels accessoires doivent être compris dans la valeur des immeubles. Dans la *Charte de la Ville de Montréal 1960* (1959-60 ch. 102), ces dispositions sont l'art. 781 dont le premier alinéa se lit comme suit:

781. Les immeubles comprennent les terrains, les bâtiments et tout ce qui est fixé ou attenant à un bâtiment ou à un terrain de manière à en faire partie, mais ne comprennent pas les machines et moteurs, outils et arbres moteurs employés pour fins industrielles, sauf les machines qui produisent de la force motrice.

On voit qu'il s'agit d'une disposition traitant précisément de ce qui fait l'objet de l'art. 488 de la *Loi des cités et villes*. On se trouve donc à avoir décidé dans l'affaire *Jenkins* que la législation relative aux taxes scolaires dans Montréal métropolitain avait suffisamment manifesté l'intention d'uniformiser le traitement des divers contribuables pour que l'on doive donner à l'expression «base de l'évaluation» une signification qui ne s'arrête pas à la manière d'évaluer, mais comprend également la détermination de ce qui doit être compris dans l'évaluation comme faisant partie des immeubles.

Cependant, la structure du texte de l'art. 373 de la *Loi de l'Instruction publique* est bien différente de celle de l'art. 3 de la loi dont il s'agissait dans l'affaire *Jenkins*. Dans cette affaire-là, le critère prescrit par la Législature était «la base des évaluations faites dans la cité de Montréal». Rien ne s'opposait à ce que l'on fasse entrer dans le sens de cette expression la détermination du contenu aussi bien que celle des critères utilisés pour l'exprimer en dollars. Ici, dans la partie du texte qui prescrit

the commissioners must do, the Legislature says: "to re-establish on the basis of its real value the valuation of the taxable property". It is just not possible to read into this procedure anything but a determination of the value of what is taxable.

It is true that the Act states, in the preceding sentence: "If they find that the property pursuant to the said rolls is valued on an equal basis, they shall homologate such valuation rolls . . .". That portion of the section would obviously lend itself to the interpretation adopted in *Jenkins*. However, it must be remembered that such interpretation was adopted, not as the only possible meaning, but as the one which was proper in the context. Here, the word "basis" occurs a few lines further on, in the most important part of the section, that relating to the procedure at issue in this case. In this sentence the word "basis" is part of the phrase "basis of its real value", and this phrase is then linked to the phrase "valuation of the taxable property". As a consequence it is impossible, in my view, to interpret this provision in the same way as the section construed in *Jenkins*.

Even though it may seem anomalous to place a different interpretation on two provisions relating to the "basis of valuation", which have derived their present form from the same statute, it must be recognized that the two situations are totally different. With respect to Greater Montreal the Legislature has adopted a fixed rule: the basis of the valuations made in the City of Montreal where machinery, apart from one rare exception, is not taxable. The rule laid down by the general law, on the other hand, is: the real value of taxable immoveables. The result respecting machinery is to leave to each city the option of enacting that, within its territory, machinery shall not be included in taxable immoveables.

If appellants' reasoning were correct it would mean that every town, whatever its relative size, whose territory is in whole or in part included in that of a school board which takes in several towns, would have the right to decide that, for school taxation purposes, machinery is not taxable

ce que les commissaires doivent faire, le législateur dit: «rétablir sur la base de la valeur réelle l'évaluation des propriétés imposables». Il n'y a là rien qui permette de faire entrer dans cette opération autre chose que la détermination de la valeur de ce qui est imposable.

Il est vrai que, dans la phrase précédente, on dit: «S'ils constatent que la propriété en vertu desdits rôles est évaluée sur une base égale, ils doivent homologuer ces rôles d'évaluation . . .». Cette partie du texte se prêterait évidemment à l'interprétation qui a été retenue dans l'affaire *Jenkins*. Cependant, il faut noter qu'on l'a admise, non pas comme le seul sens possible, mais bien comme celui auquel il fallait s'arrêter en regard du contexte. Ici, le mot «base» se retrouve quelques lignes plus loin dans la partie la plus importante de l'article, celle qui prescrit l'opération, objet du litige. Or, dans cette phrase-là, le mot «base» fait partie de l'expression «base de la valeur réelle» et cette expression est ensuite rattachée à celle de «l'évaluation des propriétés imposables». Cela fait qu'il est impossible, à mon avis, d'interpréter ce texte de la façon dont on a interprété celui qui a fait l'objet de l'arrêt *Jenkins*.

Même si l'on ne peut s'empêcher de trouver que cela constitue une anomalie que d'interpréter différemment deux dispositions relatives à la «base d'évaluation» ayant tiré leur forme actuelle d'une seule et même loi, il faut reconnaître qu'il s'agit de deux situations bien différentes. Pour ce qui est de Montréal métropolitain, le législateur a adopté un critère déterminé: la base des évaluations faites par la ville de Montréal où les machineries, sauf une rare exception, ne sont pas imposables. La loi générale, au contraire, prescrit comme critère: la valeur réelle des immeubles imposables. Cela se trouve, pour la machinerie, à laisser à chaque ville la possibilité de décréter que, pour son territoire, elle ne sera pas comprise dans les immeubles imposables.

Si l'on admet le raisonnement des appelantes, cela signifie que chaque ville dont le territoire est en tout ou en partie compris dans celui d'une commission scolaire englobant plusieurs villes, se trouve à obtenir le droit de décider que, pour les fins de la taxe scolaire, la machinerie n'est pas

in all those other towns. Such a result would certainly not prevent the application of an explicit enactment, but it does illustrate the difference with the situation resulting from the provision interpreted in *Jenkins*. That provision was read as intended to give priority for school purposes throughout the metropolitan territory to the legislation concerning the taxation of machinery in the City of Montreal. The general law, however, intended only to provide for taxation, according to the real value established on the same basis, of such immoveables as are taxable in each municipality; there is no indication of any intention to give priority to the decision of any one town so far as the taxation of machinery is concerned. As Montgomery J.A. observed in the case at bar:

Under the special statutes applicable in the *Jenkins Bros* case, the duty of the school board was to establish a valuation uniform with that of the City of Montreal. In the present case it is the *Education Act* (now R.S.Q. c. 235) that applies, and under sec. 373 of that Act Respondents were required to amend the valuation roll "so as to re-establish on the basis of its real value the valuation of the taxable property of all parts of the school municipality". This they proceeded to do.

So far as the other questions raised are concerned, I think it suffices to say that appellants have not shown that the unanimous conclusions of the courts of Quebec were in error. I agree with the following observations of Montgomery J.A.:

I am not impressed by the argument that in fact machinery and accessories were not valued for purposes of municipal taxation in St. Joseph. The valuation of the properties of Appellants seems to have been made by the council of St. Joseph on an approximate basis without any detailed valuation being made of anything so that it is difficult to say with any certainty whether any particular asset was included in the valuation or not. Actually, the figures cited by the trial judge demonstrate that the valuation of Appellants' properties was made on approximately the same basis as that of other properties in the municipality, if machinery and accessories be included, so that the increasing of all valuations by the same percentage, as decided by Respondents, gives a reasonably equitable result.

imposable dans toutes ces autres villes et cela, quelle qu'en soit l'importance relative. Cette conséquence ne ferait sans doute pas obstacle à l'application d'un texte explicite, mais elle fait voir la différence avec la situation découlant du texte interprété dans l'affaire *Jenkins*. On a pu y voir l'intention de faire prévaloir pour fins scolaires dans tout le territoire métropolitain, la législation régissant la taxation de la machinerie dans la Métropole. Mais la loi générale vise seulement à faire taxer selon la valeur réelle établie sur la même base ce que sont les immeubles imposables dans chaque municipalité, rien n'y indique l'intention de faire prévaloir quant à la taxation de la machinerie, la décision d'une ville à l'encontre des autres. Comme le dit M. le juge Montgomery en la présente cause:

[TRADUCTION] En vertu des lois spéciales applicables dans l'affaire *Jenkins Bros.*, l'obligation du Bureau était d'établir une évaluation uniforme égale à celle de la Ville de Montréal. En l'espèce présente c'est la *Loi de l'instruction publique* (maintenant S.R.Q. c. 235) qui s'applique, et en vertu de l'art. 373 de cette Loi les intimés devaient modifier le rôle d'évaluation «de façon à établir sur la base de la valeur réelle l'évaluation des propriétés imposables de toutes les parties de la municipalité scolaire». C'est ce qu'ils se sont employés à faire.

Pour ce qui est des autres questions soulevées, il me paraît suffisant de dire que les appelantes n'ont aucunement démontré que les conclusions concordantes des tribunaux du Québec étaient erronées. Je suis d'accord avec les observations suivantes de M. le juge Montgomery:

[TRADUCTION] Je ne suis pas impressionné par l'argument selon lequel, en fait, les machineries et accessoires n'étaient pas évalués pour fins de taxation municipale à St-Joseph. L'évaluation des propriétés des appelantes semble avoir été faite par le conseil municipal de St-Joseph de façon approximative sans évaluation détaillée de quoi que ce soit, de sorte qu'il est difficile de dire de façon quelque peu certaine si un élément déterminé a été inclus ou non dans l'évaluation. Il reste que les chiffres cités par le juge de première instance démontrent que l'évaluation des propriétés des appelantes, si on y inclut les machineries et accessoires, a été établie à peu près sur la même base que l'évaluation des autres propriétés de la municipalité, et ainsi l'augmentation de toutes les évaluations par le même pourcentage, décrétée par les intimés, aboutit à un résultat raisonnablement équitable.

In the circumstances it is not necessary for disposing of the case at bar, to decide whether, as counsel for the School Board maintains, changes in the valuation roll required by s. 373 of the *Education Act* to re-establish the valuation on the basis of the real value of the taxable property can only be made by applying a uniform factor fixed by an overall calculation for all the immoveables included in each municipality.

On the whole, I would dismiss the appeals with costs; however, as the three cases were argued concurrently, counsel fees to which respondents are entitled against appellants shall be taxed as for a single case.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant, Colt Industries (Canada) Ltd.: McMaster, Meighen, Minnion, Patch, Cordeau, Hyndman & Legge, Montreal.

Solicitors for the appellant, Profis Holdings Ltd., and for the appellant in continuance of suit, Beloit Sorel Walmsley Ltd.: Blain, Piché, Godbout, Emery & Blain, Montreal.

Solicitors for the appellant, Quebec Iron & Titanium Corporation: Laing, Weldon, Courtois, Clarkson, Parsons, Gonthier & Tétrault, Montreal.

Solicitors for the respondents: Viau, Bélanger, Hebert, Mailloux, Beauregard, Paquet & Pinard, Montreal.

Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire pour juger la présente cause de décider si, comme le soutient le procureur de la Commission scolaire, la modification des rôles d'évaluation prescrite par l'art. 373 de la *Loi de l'Instruction publique* pour rétablir l'évaluation sur la base de la valeur réelle des propriétés imposables ne peut se faire que par l'application d'un facteur uniforme déterminé globalement pour l'ensemble des immeubles compris dans chaque municipalité.

Sur le tout, je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens; mais comme les trois affaires ont été plaidées en même temps, les honoraires d'avocats auxquels les intimés ont droit contre les appelantes devront être taxés comme si elles n'en faisaient qu'une seule.

Appels rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante, Colt Industries (Canada) Ltd.: McMaster, Meighen, Minnion, Patch, Cordeau, Hyndman & Legge, Montréal.

Procureurs de l'appelante, Profis Holdings Ltd. et de l'appelante en reprise d'instance, Beloit Sorel Walmsley Ltd.: Blain, Piché, Godbout, Emery & Blain, Montréal.

Procureurs de l'appelante, Quebec Iron & Titanium Corporation: Laing, Weldon, Courtois, Clarkson, Parsons, Gonthier & Tétrault, Montréal.

Procureurs des intimés: Viau, Bélanger, Hebert, Mailloux, Beauregard, Paquet & Pinard, Montréal.

Naomi Jordan (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

**Lorne Coleman, H. M. Trimble & Sons Ltd.
and the Government of Saskatchewan**
(*Defendants*) *Respondents*.

1974: December 11; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Motor vehicles—Negligence—Trucker driving in middle of highway to avoid freshly oiled strip—Failing to pull over for approaching vehicle because of probability truck would be splattered with oil—Driver of oncoming car veering to right and driving into ditch—Trucker solely at fault—The Vehicles Act, R.S.S. 1965, c. 377, s. 137(1)(a).

The first and second defendants (respondents in this Court) were found solely to blame at trial for a motor vehicle accident which occurred when the plaintiff was driving her car in an easterly direction on a highway and the first defendant was driving a large tractor-trailer, owned by the second defendant, in the opposite direction and was travelling in approximately the centre of the highway in order to avoid driving over a freshly oiled strip, which extended about three feet into his (northerly) lane of traffic. As the two vehicles approached each other, the plaintiff, who was travelling at about 50 m.p.h., slowed down and then realized that the truck was not moving onto its own side of the highway and fearing a collision, she veered to the right driving her car into the ditch where she lost control and the car rolled over causing her serious injuries.

On appeal, the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the plaintiff's action. An appeal by the plaintiff was then brought to this Court.

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

The only reason for the first defendant failing to pull over to the northern verge of the highway was that this would entail the probability of his truck becoming splattered with oil. This afforded no valid reason for creating a hazard to approaching traffic by driving in the middle of the highway. There was no negligence on the part of the plaintiff in failing to observe the three feet of oiled surface on the opposite side of the highway from that on

Naomi Jordan (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

**Lorne Coleman, H. M. Trimble & Sons Ltd.
et le gouvernement de la Saskatchewan**
(*Défendeurs*) *Intimés*.

1974: le 11 décembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon et Dickson

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Véhicules automobiles — Négligence — Conducteur d'un camion roulant au milieu de la route pour éviter une lisière d'huile fraîche—Omission de se ranger devant un véhicule venant en sens inverse parce que le camion serait probablement éclaboussé d'huile—La conductrice de la voiture venant en sens inverse braquée à droite et tombe dans le fossé—Conducteur du camion seul responsable—The Vehicles Act, R.S.S. 1965, c. 377, art. 137(1)(a).

Il a été décidé en première instance que les deux premiers défendeurs (intimés en cette Cour) sont les seuls responsables d'un accident d'automobile qui s'est produit dans les circonstances suivantes. L'appelante, au volant de son automobile faisait route vers l'est et le premier défendeur, au volant d'un gros camion-remorque appartenant au deuxième défendeur, se dirigeait en direction opposée et roulait à peu près au milieu de la route afin d'éviter une lisière d'huile fraîche, répandue sur une largeur d'environ trois pieds dans sa voie de circulation (côté nord). Alors que les deux véhicules approchaient l'un de l'autre, la demanderesse, qui roulait à environ 50 milles à l'heure, a ralenti et s'est alors rendu compte que le camion ne réintégrait pas son côté de la route. Craignant une collision, elle a braqué à droite et est tombée dans le fossé, où elle a perdu le contrôle et a capoté. Elle a subi de graves blessures.

La Cour d'appel a accueilli l'appel et rejeté l'action de la demanderesse. La demanderesse a alors interjeté appel à cette Cour.

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

La probabilité que son camion soit éclaboussé d'huile est la seule raison pour laquelle le premier défendeur ne s'est pas rangé jusqu'à la bordure nord de la route. Ce n'était pas là une raison valable de rouler au milieu de la route et de constituer ainsi un risque pour la circulation venant en sens inverse. Le fait pour la demanderesse de ne pas remarquer la surface couverte d'huile sur une largeur de trois pieds du côté opposé de la route ne

which she was driving and, in any event, she was under no duty to foresee that the approaching truck would treat that oily surface as if it were not part of the highway.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan allowing an appeal from a judgment of MacPherson J. Appeal allowed.

G. J. K. Neill, for the plaintiff, appellant.

B. Dubinsky, Q.C., and *N. B. Yeo*, for the defendants, respondents, Lorne Coleman and H. M. Trimble & Sons Ltd.

E. R. Gritzfeld, Q.C., for the Government of Saskatchewan.

The judgment of the Court was delivered by

ITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan allowing an appeal from a judgment rendered at trial by Mr. Justice MacPherson whereby he had found the present respondents, Coleman and H. M. Trimble & Sons Ltd., (hereinafter referred to as “Trimble”) solely to blame for a motor vehicle accident which occurred when the appellant was driving her Javelin motor car in an easterly direction on Highway 33 approaching Fillmore in the Province of Saskatchewan, and the respondent Coleman was driving a large tractor-trailer, owned by the respondent Trimble, in the opposite direction on the same highway and was travelling in approximately the centre of the 21-foot highway in order to avoid driving over a freshly oiled strip which extended about three feet into his (northerly) lane of traffic.

An appeal was also asserted against the Government of Saskatchewan and that government was represented before us, but it was pointed out in the course of the hearing that no such appeal lay against the government as the appellant had not appealed from the judgment of the Court of Queen’s Bench of Saskatchewan dismissing the action against the government and no finding as to its liability formed any part of the judgment appealed from. This appeal was accordingly dismissed against the government with costs as of a motion to quash.

constituait pas de la négligence de sa part, et, de toute façon, il n’y avait aucune obligation pour elle de prévoir que le conducteur du camion venant en sens inverse ferait comme si la surface couverte d’huile ne faisait pas partie de la route.

POURVOI à l’encontre d’un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan accueillant un appel d’un jugement du juge MacPherson. Pourvoi accueilli.

G. J. K. Neill, pour la demanderesse, appelante.

B. Dubinsky, c.r., et *N. B. Yeo*, pour les défendeurs, intimés, Lorne Coleman et H. M. Trimble & Sons Ltd.

E. R. Gritzfeld, c.r., pour le Gouvernement de la Saskatchewan.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi est à l’encontre d’un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan qui a accueilli un appel d’un jugement rendu en première instance par M. le juge MacPherson. Celui-ci avait conclu que les intimés en l’espèce, Coleman et H. M. Trimble & Sons Ltd. (ci-après appelée «Trimble»), étaient les seuls responsables d’un accident d’automobile qui s’était produit lorsque l’appelante roulait en direction est sur la route 33 vers Fillmore dans la province de la Saskatchewan et que l’intimé Coleman, au volant d’un gros camion-remorque appartenant à l’intimée Trimble, se dirigeait sur la même route en direction opposée et roulait à peu près au milieu de la route de 21 pieds de largeur afin d’éviter une lisière d’huile fraîche qui avait été répandue sur une largeur d’environ 3 pieds dans sa voie de circulation (côté nord).

Un appel a également été inscrit contre le gouvernement de la Saskatchewan qui était représenté devant nous, mais au cours des plaidoiries, on a fait remarquer qu’il ne pouvait y avoir d’appel contre le gouvernement puisque l’appelante n’avait pas interjeté appel du jugement de la Cour du banc de la reine de la Saskatchewan qui avait rejeté l’action contre le gouvernement et qu’il n’y avait aucune conclusion relative à la responsabilité de celui-ci dans l’arrêt dont il y a appel. Ce pourvoi contre le gouvernement a par conséquent été rejeté avec les dépens d’une requête en annulation.

As the two vehicles approached each other, the appellant, who was travelling at about 50 miles an hour, slowed down and then realized that the truck was not moving onto its own side of the highway and fearing a collision, she veered to the right driving her Javelin into the ditch where the learned trial judge found that she lost control and the car rolled over causing her serious injuries and bruising her lady passenger.

In describing the actions of the truck driver, the learned trial judge made the following finding:

He came upon a stretch of highway, about three-quarters of a mile in length, upon which a Department of Highways crew had just laid a film of oil on the most northerly three feet of the travelled surface. He was waved on by the flagman at the east end of this stretch. The freshly oiled strip occupied three feet of Coleman's lane. He saw the plaintiff coming and moved over to his right but not into the oil. He was therefore practically in the centre of the road. *He thought there was lots of room for the plaintiff to pass but, in my view, there was not.* He did not drive into the oil because it would spatter over his unit.

The italics are my own.

The tractor-trailer was approximately eight feet in width and Coleman stated more than once in the course of his evidence that as he approached the appellant's vehicle he was travelling in the middle of the road and under cross-examination he agreed that four feet of the truck were in the south lane and four feet in his own northerly lane. The reason which he gave for his position on the highway was that he wished to avoid picking up any oil and thus soiling his truck. In this regard he gave the following evidence on cross-examination:

- Q. Did you, as this car was approaching you, then, travel more into the north lane?
- A. I went over as far as I could without picking up any oil.
- Q. Was that the only reason you couldn't proceed any further to the north?
- A. Well I could have drove right down it I guess.

Alors que les deux véhicules approchaient l'un de l'autre, l'appelante, qui roulait à environ 50 milles à l'heure, a ralenti et s'est alors rendue compte que le camion ne se déplaçait pas vers sa droite de la route. Craignant une collision, elle a alors braqué à droite projetant sa Javelin dans le fossé où, selon le juge de première instance, elle a perdu le contrôle de sa voiture qui a capoté. Elle a subi de graves blessures et sa passagère a reçu des contusions.

En décrivant les actes du conducteur du camion, le savant juge de première instance a fait les constatations suivantes:

[TRADUCTION] Il est arrivé sur une section droite d'environ trois-quart de mille où une équipe du ministère de la Voirie venait de répandre, sur une largeur de trois pieds à la limite nord de la surface carrossable, une mince couche d'huile. A l'extrémité est de cette section de la route, un employé lui a fait un signal avec un drapeau. La couche d'huile fraîche couvrait trois pieds de surface de la voie de circulation de Coleman. Celui-ci a vu la demanderesse approcher et a obliqué vers sa droite mais sans toucher la partie huilée. Par conséquent, il était pratiquement au milieu du chemin. *Il a cru que la demanderesse avait amplement d'espace pour passer mais, à mon avis, il n'y en n'avait pas.* Il a évité de circuler sur l'huile pour ne pas éclabousser son véhicule.

J'ai mis des mots en italique.

Le camion-remorque mesurait environ huit pieds de largeur et Coleman a déclaré à plusieurs reprises durant son témoignage que lorsqu'il approchait de la voiture de l'appelante, il roulait dans le milieu du chemin et, en contre-interrogatoire, il a admis que son camion occupait quatre pieds de la voie du côté sud et quatre pieds de la voie nord. Il a expliqué qu'il circulait ainsi parce qu'il voulait éviter l'huile pour ne pas salir son camion. A ce sujet, il a déclaré en contre-interrogatoire ce qui suit:

- [TRADUCTION] Q. Vous êtes-vous, alors que cette voiture s'approchait de vous, rangé davantage dans la voie nord?
- R. Je suis allé aussi loin que je pouvais le faire sans toucher d'huile.
- Q. Était-ce là la seule raison qui vous ait empêché d'aller plus vers le nord?
- R. Bien, j'aurais pu passer directement dessus je crois.

Q. I'm afraid I don't follow you.

A. Probably could have drove right down the oil but then it all went jumping down your neck.

Q. Sprayed your truck with oil I suppose?

A. Yes.

Q. Pretty hard to get off I imagine?

A. Yes.

Q. And it was the oil, that was the only reason you didn't go further to your right?

A. Yes.

Section 137(1) (a) of *The Vehicles Act*, R.S.S. 1965, c. 377, requires that:

137. (1) A person driving a vehicle or riding or driving an animal upon a public highway

(a) shall, upon meeting another person so using the highway, reasonably turn to the right of the centre of the main-travelled portion of the highway and shall drive to the right of the centre of the main-travelled portion of the highway until he has passed the other person.

Whether or not Coleman made any effort to turn to his right immediately before the collision, there is no suggestion that the whole of his truck was at any time to the right of the centre line and he was accordingly in breach of this section which in light of the decision of this Court in *Gauthier & Co. Ltd. v. The King*¹, is enough to establish a *prima facie* case of negligence on his part.

Mr. Justice Hall, speaking on behalf of the majority of the Court of Appeal, expressed the view that Mr. Coleman's evidence read as a whole disclosed that his truck was almost touching the fresh oil when the accident occurred and that the respondent had a sufficient area of highway on which to pass if she had been

... driving with the degree of care and at the reduced rate of speed which were required by the circumstances. Her failure to do so was due to her own negligence in failing to keep a proper lookout.

The same learned judge went on to say:

¹ [1945] S.C.R. 143.

Q. Je crains de ne pas saisir très bien votre pensée.

R. J'aurais probablement pu passer directement sur la couche d'huile, mais alors j'aurais été dans l'huile jusqu'au cou.

Q. Votre camion aurait été arrosé d'huile, je présume?

R. Oui.

Q. Très difficile à enlever, j'imagine?

R. Oui.

Q. Et la présence de l'huile est la seule raison pour laquelle vous ne vous êtes pas rangé davantage à votre droite?

R. Oui.

L'alinéa a) du par. (1) de l'art. 137 du *Vehicles Act*, R.S.S. 1965, c. 377, requiert que:

[TRADUCTION] 137. (1) Un conducteur de véhicule automobile ou d'une voiture à traction animale ou une personne à dos d'animal qui circule sur un chemin public

a) doit, lorsqu'il croise une autre personne sur le chemin, se diriger en temps utile vers la droite de la ligne centrale de la partie carrossable de la route et circuler à droite de cette ligne tant qu'il n'a pas croisé l'autre personne.

Que Coleman ait fait ou non une tentative pour se diriger à sa droite immédiatement avant la collision, rien n'indique qu'en aucun temps le camion a été complètement à droite de la ligne centrale et il violait par conséquent cet article, ce qui, à la lumière de la décision de cette Cour dans l'arrêt *Gauthier & Co. Ltd. c. Le Roi*¹, est suffisant pour établir une preuve *prima facie* de négligence de sa part.

M. le juge Hall, parlant au nom de la majorité de la Cour d'appel, a exprimé l'avis que la déposition de Coleman lue dans son ensemble révélait que son camion touchait presque la couche d'huile fraîche lorsque l'accident est arrivé et que l'intimée avait suffisamment d'espace sur la route pour passer si elle avait

[TRADUCTION] ... conduit avec le degré de vigilance et à la vitesse réduite que commandaient les circonstances. Son défaut d'agir ainsi a été le résultat de sa propre négligence à se tenir sur le qui-vive.

Le même savant juge a ajouté:

¹ [1945] R.C.S. 143.

I agree with my brother Woods for the reasons which he has given that under the circumstances the failure of Coleman to go onto the oiled portion of the highway was not negligence.

It appears to me that it was this latter finding which was crucial to the decision of the Court of Appeal and it was expressed in the following terms by Mr. Justice Woods after having quoted s. 137 (1) (a) *supra*:

This places a duty on a driver to drive to the right of the centre of the main-travelled portion of the highway. In a factual situation such as obtains here where three feet of the highway is covered with fresh oil the travelled portion does not extend to the freshly oiled and incomplete surface. Here the plaintiff should have seen the condition of the road. Had she known its condition she could hardly expect another vehicle to drive into the slippery sticky mess that constitutes such road covering.

With the greatest respect for the views so expressed, I think it desirable to point out that Coleman on his own evidence could have driven over the oily portion of the road without danger having regard to the size of his vehicle and that his only reason for failing to pull over to the northern verge of the 21-foot highway was that this would entail the probability of his truck becoming spattered with oil. In my view this afforded no valid reason for creating a hazard to approaching traffic by driving in the middle of the highway.

I am unable to find that there was any negligence on the part of Mrs. Jordan in failing to observe the three feet of oiled surface on the opposite side of the highway from that on which she was driving and I am, in any event, of opinion that she was under no duty to foresee that the approaching truck would treat that oily surface as if it were no part of the highway.

The facts of other cases are not helpful in determining an issue such as the present one, but the findings of the learned trial judge who observed the witnesses are entitled to the greatest respect, and in my opinion there must be some palpable error in law or misapprehension of the evidence before a court of appeal is entitled to substitute its opinion for that of the judge who

Je suis d'accord avec mon collègue le juge Woods pour les raisons qu'il a données que, dans les circonstances, le fait de Coleman de ne pas passer sur la partie huilée de la route n'a pas constitué de la négligence.

Il me semble que c'est cette dernière conclusion qui a été cruciale dans la décision de la Cour d'appel et après avoir cité l'al. a) du par. (1) de l'art. 137 *supra*, M. le juge Woods l'a énoncée en ces termes:

[TRADUCTION] Ceci impose au conducteur l'obligation de rouler à droite de la ligne centrale de la partie de la route généralement carrossable. Lorsque se présente une situation comme celle que nous retrouvons ici où trois pieds de la chaussée sont couverts d'huile fraîche, la partie carrossable ne comprend pas la surface où l'huile vient d'être répandue. En l'espèce, la demanderesse aurait dû voir l'état de la route. Et si elle avait connu cette condition, elle pouvait difficilement s'attendre à ce qu'un autre véhicule circule dans cette matière visqueuse et glissante qui couvrait la chaussée.

Avec le plus grand respect pour les opinions exprimées, je crois qu'il faut signaler que Coleman, selon son propre témoignage, aurait pu rouler sans danger sur la partie de la route couverte d'huile compte tenu des dimensions de son véhicule et que la probabilité d'être éclaboussé d'huile a été la seule raison qui l'a empêché de se ranger vers la bordure nord de la route de 21 pieds. A mon avis cela ne constituait pas une raison valide pour créer un risque en roulant au milieu de la route.

Je ne puis conclure à quelque négligence de la part de M^{me} Jordan qui n'a pas remarqué la surface couverte d'huile sur une largeur de trois pieds du côté opposé de la route et, de toute façon, je suis d'opinion qu'il n'y avait aucune obligation pour elle de prévoir que le camion qui s'en venait en sens inverse considèrerait la surface couverte d'huile comme ne faisant pas partie de la route.

Les faits dans d'autres affaires ne peuvent aider à décider une question comme celle en l'espèce, mais les conclusions du savant juge de première instance qui a observé les témoins, méritent le plus grand respect et, à mon avis, il doit y avoir quelque erreur de droit manifeste ou une fausse interprétation de la preuve avant qu'une cour d'appel ne puisse substituer son opinion à celle du juge qui a

tried the case. I can find no such error or misapprehension in the judgment of the learned trial judge.

It may be that it would have been possible for Mrs. Jordan to pass the respondents' truck without taking to the ditch, but the hazard presented by the narrow margin to which she was confined in my view placed her in a position where she was justified in the avoiding action which she took, and I do not think that it is any answer to the *prima facie* case of negligence to which s. 137(1)(a) (*supra*) gives rise to suggest that the respondent's action was excusable on the ground that his truck would have been spattered with oil if he had complied with its statutory obligations.

For all these reasons I would allow this appeal with costs both in this Court and in the Court of Appeal and restore the judgment of the learned trial judge. As I have pointed out, the appeal against the Government of Saskatchewan is dismissed with costs as of a motion to quash.

Appeal allowed; trial judgment restored.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Davidson, Davidson & Neill, Regina.

Solicitors for the defendants, respondents, Lorne Coleman and H. M. Trimble & Sons Ltd.: Dubinsky, Phillips & Andreychuk, Moose Jaw.

Solicitors for the defendant, respondent, The Government of Saskatchewan: Embury, Molisky, Gritzfeld & Embury, Regina.

entendu le procès. Je ne puis déceler d'erreur de cette nature ni de fausse interprétation de ce genre dans le jugement du savant juge de première instance.

Peut-être M^{me} Jordan aurait-elle pu croiser le camion des intimés sans prendre le fossé mais le danger que représentait l'étroit passage qui s'offrait à elle, l'a mise dans une situation où le geste qu'elle a fait pour éviter l'accident était justifié. Je ne crois pas non plus que la preuve *prima facie* de négligence établit par l'al. a) du par. (1) de l'art. 137 (*supra*) puisse être réfuté par la prétention que le geste de l'intimé était excusable parce que l'huile aurait éclaboussé son camion s'il avait agi conformément aux dispositions de la loi.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel et de rétablir le jugement du savant juge de première instance. Comme je l'ai mentionné, le pourvoi contre le gouvernement de la Saskatchewan est rejeté avec les dépens d'une requête en annulation.

Pourvoi accueilli; jugement de première instance rétabli.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Davidson, Davidson & Neill, Regina.

Procureurs des défendeurs, intimés, Lorne Coleman et H. M. Trimble & Sons Ltd.: Dubinsky, Phillips & Andreychuk, Moose Jaw.

Procureurs du gouvernement de la Saskatchewan: Embury, Molisky, Gritzfeld & Embury, Regina.

Argo Construction Ltd. Appellant;

and

Customold Fiberglass Ltd. Respondent.

1973: November 21; 1974: May 27.

Present: Fauteux C.J. and Abbott, Martland, Ritchie and Pigeon JJ.

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

Contract—Decorative poles—Breakage—Non-compliance with specifications—Removal and reinstallation—Damages—Supplier entitled to the full amount of invoice—Non-intervention rule.

In 1966 appellant obtained from the Canadian Corporation for the 1967 World Exhibition ("Expo") a contract including, *inter alia*, the erection of 63 decorative fiberglass poles, 53 feet high. According to the plans and specifications, these poles were to be designed to resist a wind gust of 90 m.p.h. without undue deflection or whip action. Appellant contracted with respondent for their manufacture, and installed them itself. In May 1967, three of these poles broke off and fell. As a safety measure "Expo" removed some of them and ordered appellant to remove others pending an investigation. After discussion appellant reinstalled the same poles, but cut to a length of 25 feet by respondent at its request, Expo agreeing to pay the costs of cutting, refinishing and reinstalling the poles. Expert opinion was obtained without respondent being represented. The pole tested gave way under force equal to that of an 80 m.p.h. wind. Respondent claimed from appellant the sum of \$15,750, being the invoice price of \$250 for each of the 63 poles. Appellant denied the claim, alleging that the breaking of three poles was due to the fact that they were not constructed according to specifications, and asked in a cross-demand that respondent be condemned to pay it the sum of \$6,000 for damages. The action was allowed to the extent of \$7,500 but the cross-demand was dismissed. On appeal, appellant was condemned to pay respondent the full amount claimed while the judgment of the Superior Court on the cross-demand was affirmed. Hence the appeal to this Court.

Held (Martland and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Fauteux C.J. and Abbott and Ritchie JJ.: There is no error in the judgment of the Court of Appeal which would justify the intervention of this Court.

Argo Construction Ltd. Appelante;

et

Customold Fiberglass Ltd. Intimée.

1973: le 21 novembre; 1974: le 27 mai.

Présents: Le juge en chef Fauteux, et les juges Abbott, Martland, Ritchie et Pigeon.

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

Contrat—Hampes décoratives—Bris—Non-conformité au devis—Enlèvement et réinstallation—Dommages—intérêts—Droit du fournisseur au plein montant convenu—Règle de non-intervention.

En 1966, l'appelante obtint de la Compagnie Canadienne de l'Exposition Universelle de 1967 («Expo '67») un contrat comprenant notamment l'érection de 63 hampes décoratives en fibre de verre de 53 pieds de hauteur. Suivant les plans et le devis, ces hampes devaient être conçues pour résister à un vent de 90 milles à l'heure sans plier ni battre excessivement. L'appelante en confia la fabrication à l'intimée, et les installa elle-même. En mai 1967, trois de ces hampes se brisèrent et tombèrent. Par mesure de sécurité «Expo '67» en enleva une partie et ordonna à l'appelante d'enlever les autres en attendant de procéder à une enquête. Après discussion, l'appelante réinstalla les mêmes hampes raccourcies à 25 pieds par l'intimée à sa demande, «Expo '67» acceptant de payer les frais de coupe, finition et réinstallation. Une expertise eut lieu sans que l'intimée soit représentée. La hampe soumise à l'épreuve céda à une charge équivalant à celle d'un vent de 80 milles à l'heure. L'intimée poursuivit l'appelante pour un montant de \$15,750, soit \$250 pour chacune des 63 hampes, prix facturé. L'appelante contesta l'action alléguant que le bris des trois hampes était dû au fait que celles-ci n'avaient pas été construites selon les exigences du devis, et, par demande reconventionnelle réclama de l'intimée la somme de \$6,000 pour dommages-intérêts. L'action fut accueillie pour un montant de \$7,500 mais la demande reconventionnelle fut rejetée. En appel, l'appelante fut condamnée à payer à l'intimée le plein montant réclamé et le jugement de la Cour supérieure sur la demande reconventionnelle fut confirmé. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt (les juges Martland et Pigeon étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge en chef Fauteux et *les* juges Abbott et Ritchie: Il n'y a pas dans le jugement de la Cour d'appel d'erreur qui puisse justifier une intervention de cette Cour.

Per Martland and Pigeon JJ., dissenting: The Court of Appeal erred in not sufficiently taking into account the importance of the advantage enjoyed by the trial judge who heard the witnesses and saw them give their explanations. At least two poles broke off and fell in the presence of witnesses. A third broken pole was seen in the workshop. The trial judge was surely justified in concluding from all this that there were three breakages, and to hold that there was only one, as the Court of Appeal did, is to ignore the existence of conclusive evidence. It reversed the trial judge's findings on the basis of a complete misapprehension of the proven facts. This requires the intervention of this Court.

Not only should the judgment of the Superior Court be restored but the cross-demand should be allowed to the extent of \$4,000, because the trial judge was mistaken in holding that the damages claimed were not proven.

[*Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Sidè, Province of Quebec, reversing a judgment of the Superior Court on the principal demand but affirming this judgment with respect to a cross-demand. Appeal dismissed, Martland and Pigeon JJ. dissenting.

G. L. Echenberg, for the appellant.

G. H. Pickel, for the respondent.

The judgment of Fauteux C.J. and Abbott and Ritchie JJ. was delivered by

ABBOTT J.—In this action the respondent, Customold Fiberglass Ltd., claimed from the appellant, Argo Construction Ltd., the sum of \$15,750 as the contract price of 63 fiberglass poles, 53 feet in length, manufactured by Customold and delivered to Argo for use at Expo 67.

The facts which gave rise to the litigation are conveniently summarized in the reasons of Lajoie J.A. in the Court of Appeal:

[TRANSLATION] In the fall of 1966 Argo obtained an order from the Canadian Corporation for the World Exhibition of 1967 (which I shall refer to hereafter as "Expo '67") for the supply and erection of sixty-three fiberglass poles or posts, plans and specifications of which are submitted as Exhibit D-1. The height of these

Les juges Martland et Pigeon, dissidents: La Cour d'appel a fait erreur en ne tenant pas suffisamment compte de l'importance qu'il fallait attacher à l'avantage dont avait joui le premier juge en entendant les témoins et en voyant leurs explications. Au moins deux hampes se sont brisées et sont tombées en présence de témoins. Une troisième hampe brisée a été vue à l'atelier. Le premier juge était sûrement justifié de conclure de tout cela qu'il y avait eu trois bris et c'est méconnaître l'existence de témoignages probants que de n'en retenir qu'un seul comme l'a fait la Cour d'appel. Elle en est venue à une conclusion contraire à celle du premier juge par suite de graves méprises sur les faits prouvés, ce qui exige l'intervention de cette Cour.

Il y a lieu non seulement de rétablir le jugement de la Cour supérieure sur la demande principale, mais aussi de faire droit à la demande reconventionnelle jusqu'à concurrence de \$4,000 vu que c'est par erreur que le premier juge a conclu que les dommages réclamés n'étaient pas prouvés.

[Arrêt suivi: *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288.]

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, infirmant un jugement de la Cour supérieure sur la demande principale mais confirmant ce jugement quant à une demande reconventionnelle. Appel rejeté, les juges Martland et Pigeon dissidents.

G. L. Echenberg, pour l'appelante.

G. H. Pickel, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Fauteux et des juges Abbott et Ritchie a été rendu par

LE JUGE ABBOTT—Dans l'action dont il est ici question, l'intimée Customold Fiberglass Ltd. a réclamé à l'appelante, Argo Construction Ltd., la somme de \$15,750 représentant le prix fixé par le contrat pour 63 poteaux de fibres de verre, longs de 53 pieds, fabriqués par Customold et livrés à Argo pour utilisation à l'Expo 67.

Dans ses motifs, M. le juge Lajoie, en Cour d'appel, a commodément résumé les faits dont découle le litige:

Au cours de l'automne 1966, Argo obtint de la Compagnie Canadienne de l'Exposition Universelle de 1967 (que ci-après je nommerai «Expo '67») une commande pour la fourniture et l'installation de soixante-trois poteaux ou hampes de fibre de verre dont les plans et le devis sont produits comme pièce D-1. La hauteur de ces

poles is given as 53 feet. The specifications stipulated that the poles would be designed to withstand a wind gust of 90 miles an hour without undue deflection.

Argo contracted with Customold for the manufacture of these 63 poles, and after taking delivery of them around mid-April installed them itself.

On May 16, 1967, one of these poles fell down, and as a safety measure Expo '67 removed those situated at La Ronde, and requested Argo to remove the others (Exhibit D-4), which was done.

After discussion between the parties concerned it was agreed, without prejudice to the rights of any party, that Argo would re-install the same posts, but cut to a length of 25 feet by Customold at Argo's request (Exhibit P-3). All were so cut except for five, which were too badly damaged on removal.

Customold sued Argo, claiming from it the sum of \$15,750.00, being a charge of \$250.00 for each of the 63 poles, as invoiced on May 12, 1967.

Without making any offer Argo denied the claim, alleging that the breaking of three poles was due to the fact that they were not constructed according to specifications, and asked in a cross-demand that Customold be ordered to pay it \$6,000.00 to offset the damages sustained as a result of Expo '67's request.

The principal question in issue here and in the Courts below is whether or not the poles in question complied with the specifications called for under the contract. The expert evidence on this point, at the trial, was contradictory.

The learned trial judge maintained the action to the extent of \$7,500 but dismissed the cross-demand, and both parties appealed that judgment to the Court of Appeal. That Court affirmed the judgment dismissing the cross-demand but allowed the appeal in the principal action and condemned Argo to pay the full amount claimed of \$15,750. Argo appealed to this Court from that judgment.

In his reasons for judgment (which were concurred in by Owen and Rivard J.J.A.) Lajoie J.A., after carefully reviewing the evidence, summarized his conclusions as follows:

poteaux y est indiquée comme devant être de 53 pieds. Le devis spécifie qu'ils seront conçus pour résister à un vent d'une vélocité de 90 milles à l'heure sans plier indûment.

Argo confie la fabrication de ces 63 poteaux à Customold, et après en avoir reçu livraison, vers la mi-avril, les installe elle-même.

Le 16 mai 1967, l'un de ces poteaux tombe et par mesure de sécurité Expo '67 enlève ceux qui sont à la Ronde et ordonne à Argo d'enlever tous les autres, pièce D-4, ce qui est fait.

Après discussion entre les intéressés, il est convenu, sans préjudice aux droits de qui que ce soit, que Argo réinstallera les mêmes hampes mais raccourcies à 25 pieds par Customold à la demande de Argo, pièce P-3. Toutes le sont sauf cinq trop endommagées lors de leur enlèvement.

Customold poursuit Argo et lui réclame la somme de \$15,750.00, soit un prix de \$250.00 pour chacun des 63 poteaux tel que facturé le 12 mai 1967.

Sans rien offrir, Argo conteste l'action alléguant que le bris de trois poteaux était dû au fait que ceux-ci n'avaient pas été construits selon les exigences du devis, et, se portant demanderesse par reconvention conclut à ce que Customold soit condamnée à lui payer \$6,000.00 en compensation des dommages-intérêts subis à raison de l'ordre d'Expo '67.

La principale question à régler ici et dans les cours d'instance inférieure est celle de savoir si les poteaux en question étaient conformes aux caractéristiques exigées dans le contrat. Au procès, les témoignages des experts sur ce point ont été contradictoires.

Le savant juge de première instance a accueilli l'action pour un montant de \$7,500 mais il a rejeté la demande reconventionnelle, et les deux parties ont interjeté appel de ce jugement à la Cour d'appel. Cette dernière a confirmé le jugement rejetant la demande reconventionnelle mais a accueilli l'appel relatif à la demande principale et condamné Argo à payer le plein montant de \$15,750 réclamé. Argo s'est pourvue en cette Cour à l'encontre de ce jugement.

Dans ses motifs de jugement (auxquels ont souscrit MM. les juges d'appel Owen et Rivard), M. le juge d'appel Lajoie, après avoir soigneusement examiné la preuve, a résumé ses conclusions comme suit:

[TRANSLATION] Though it is the rule that we do not intervene in the assessment of the evidence made by the judge at first instance, it is possible in this case to determine the basis of that assessment, and with respect, I feel the trial judge erred, first, by accepting as proven a fact which had not been proven, namely the spontaneous collapse of three poles, and then drawing from that a conclusion as to the weakness of all the poles which is not supported by the evidence. He had to be especially exacting as to the probative force of the evidence submitted by defendant-respondent as the latter had the burden of showing that the posts lacked strength. In my view, this burden was not discharged.

Appellant was therefore entitled to be paid, in accordance with the agreement, the price of the poles delivered, that is \$15,750.00. The cross-demand cannot be allowed, for though Argo established that it sustained damages as a result of the removal and re-installation of the poles, it did not prove that they were attributable to the failure by Customold to carry out its obligations.

The principles to be applied by a second Appellate Court in a case of this kind are well established: *Dorval v. Bouvier*¹, at p. 294.

I find no error in the judgment below which would justify the intervention of this Court and I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Martland and Pigeon JJ. was delivered by

PIGEON J. (*dissenting*)—Appellant Argo Construction Ltd. (“Argo”) obtained from the Canadian Corporation for the 1967 World Exhibition (“Expo”) a contract for the construction of information booths. This contract included the erection at each booth of decorative fiberglass poles in various colours. In most instances the poles, fifty-three feet high, were to be installed in three clusters of three each, their centres twelve inches apart, atop an equal number of steel pipes twelve feet high interconnected by a wide and sturdy horizontal steel plate welded thereto eleven feet above ground. There were in all sixty-three poles. Argo ordered them from the respondent, Customold Fiberglass Ltd. (“Customold”). The latter’s invoice gives the following description:

Quoiqu’il soit de règle que nous n’intervenions pas dans l’appréciation faite de la preuve par le juge de première instance, il s’agit ici d’un cas où il nous est possible de vérifier ce sur quoi il s’est appuyé, et avec respect, je crois qu’il a fait erreur d’abord en acceptant comme prouvé un fait qui ne le fut pas, la chute spontanée de trois poteaux, pour ensuite en tirer une conclusion quant à la faiblesse de toutes les hampes que la preuve ne justifie pas. Il lui fallait être d’autant plus exigeant quant à la valeur probante de la preuve offerte par la défenderesse-intimée que c’était sur elle que reposait le fardeau de prouver la trop faible résistance des hampes. A mon avis elle ne s’en est pas déchargée.

L’appelante avait donc droit d’être payée suivant la convention du prix des poteaux livrés, soit \$15,750.00. La demande reconventionnelle ne saurait être maintenue, car si Argo a prouvé avoir subi des dommages à raison de l’enlèvement et de la réinstallation des poteaux, elle n’a pas démontré qu’ils étaient attribuables à l’inexécution par Customold de ses obligations.

Les principes qu’une seconde cour d’appel doit appliquer dans une affaire de ce genre sont bien établis: *Dorval c. Bouvier*¹, à la p. 294.

Je ne vois pas dans le jugement de la Cour d’appel d’erreur qui puisse justifier une intervention de cette Cour et je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Le jugement des juges Martland et Pigeon a été rendu par

LE JUGE PIGEON (*dissident*)—L’appelante, Argo Construction Ltd. («Argo»), avait obtenu de la Compagnie canadienne de l’exposition universelle de 1967 («Expo») un contrat pour la construction de kiosques d’information. Ce contrat comprenait l’érection, auprès de chaque kiosque, de hampes décoratives de diverses couleurs en fibre de verre. Dans la plupart des cas, ces hampes de 53 pieds de hauteur devaient être installées en trois faisceaux de trois, à 12 pouces de centre en centre, au sommet d’un nombre égal de tubes d’acier s’élevant à 12 pieds au-dessus du sol et reliés entre eux par une large et forte plaque horizontale en acier, soudée aux tubes à 11 pieds de terre. Le nombre total de hampes ou poteaux était de 63. Argo les commanda à l’intimée, Customold Fiberglass Ltd. («Customold»). La facture de cette dernière comporte la description suivante:

¹ [1968] S.C.R. 288.

¹ [1968] R.C.S. 288.

63 Fiberglass poles 53' long as per specification for Information booth, Expo 67

The specifications referred to in this document contain, *inter alia*, the following:

The poles shall be designed as free-standing as shown on the drawings, to resist a wind gust of ninety miles per hour (90 mph) without undue deflection or whip action.

In his testimony Paul Szasz, Customold's manager, admitted that this was a performance specification, and he described its effect as follows:

Q. Would you tell the Court what your understanding is of performance specifications?

A. My understanding of a performance specification is that the customer or the architect or the engineer who designs these poles sets out an expected performance to which the items are to be manufactured.

Q. And would you say, Mr. Szasz, that the specifications are made or not made up, whether or not the items manufactured perform as specified or not?

A. Yes, I would say so.

Q. In other words, if the items do not perform, then they have not met the performance specifications, obviously?

A. That is correct, yes.

The poles were installed just before the Exhibition opened in April 1967. On May 18, Argo received a telegram from A. S. Dromlewicz, Expo's assistant construction manager, in which one reads:

... You are to remove all fiberglass poles immediately due to safety problems—Stop Breaking of three poles was the initial cause—Stop The method of removal was to be entirely at your own discretion—Stop So far only three locations were removed—The balance is to be removed tonight May 18—

On May 26 Argo received a letter from the same Expo official, as follows:

Re: Information Booth—Fiber Glass Poles.

This will confirm our telephone conversation of this afternoon. I will briefly review the situation concerning the above subject. On the 16th of May the first break of the poles occurred on La Ronde. Altogether at the same location three fiber glass poles broke at various heights.

[TRADUCTION] 63 Hampes en fibre de verre de 53' de hauteur, conformément au devis des kiosques d'information, Expo 67.

Le devis auquel le document renvoie comporte notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Les hampes seront faites pour se tenir seules tel qu'indiqué sur les plans, et pour résister à des coups de vent de quatre-vingt-dix milles à l'heure sans plier ni battre excessivement.

Entendu comme témoin, Paul Szasz, le gérant de Customold, admit qu'il s'agissait là d'un devis de résultat dont il décrit l'effet comme suit:

[TRADUCTION] Q. Voulez-vous dire au tribunal ce que vous entendez par devis de résultat?

R. Ce que j'entends par devis de résultat, c'est que le client ou l'architecte ou l'ingénieur qui fait les plans de ces hampes-là expose un résultat attendu en fonction duquel les articles doivent être construits.

Q. Et diriez-vous, M. Szasz, que le devis est suivi ou non selon que les articles construits satisfont ou ne satisfont pas au résultat spécifié?

R. Oui, je pourrais l'affirmer.

Q. En d'autres mots, si les articles ne donnent pas le résultat prévu, alors ils ne sont évidemment pas conformes aux normes de résultat?

R. Oui, cela est exact.

Les poteaux furent installés très peu de temps avant l'ouverture de l'exposition au mois d'avril 1967. Le 18 mai, Argo recevait de A. S. Dromlewicz, adjoint du gérant de la construction à l'Expo, un télégramme où l'on lit ce qui suit:

[TRADUCTION] ... Vous devez enlever immédiatement toutes les hampes en fibre de verre pour raison de sécurité—Stop Le bris de trois hampes a été la cause initiale—Stop La façon d'enlever les hampes est laissée à votre entière discrétion—Stop Jusqu'à présent l'enlèvement n'a été effectué qu'à trois endroits—Le reste doit être enlevé ce soir, 18 mai—

Le 26 mai, Argo recevait du même représentant d'Expo une lettre se lisant comme suit:

[TRADUCTION] *Objet: Kiosque d'information—Hampes en fibre de verre.*

Les présentes confirment notre conversation téléphonique de cet après-midi. Je ferai une brève revue de la situation. Le 16 mai, un premier bris a eu lieu à la Ronde. En tout, au même endroit, trois hampes en fibre de verre se sont brisées à différentes hauteurs.

The reports say that the weather was very windy, however, this was far short from the 90 miles/hour specified for the poles to withstand. In view of this, which created a serious safety hazard, we had no alternative but to request you to remove all poles pending while an investigation is done by the Corporation. We are requesting that you make a proposal under which those poles can be reinstalled with sufficient guaranty to the Corporation that breakage will not occur.

It will be appreciated if you attend to this matter at your earliest convenience. We feel that the absence of these poles must be considered as a contract deficiency.

Customold was apprised of the situation in different ways. On June 5, Szasz wrote Argo a long letter in which he discussed a meeting on June 2, and stated *inter alia*:

Firstly, to ascertain some facts whether there was one or several poles broken, C.C.W.E. claims that there were 3 poles broken at various lengths. Our eye witness who was on the spot at that time saw all poles intact and half an hour later saw one collapse. Talking to various people who were involved in the removal of the poles one could not obtain two descriptions of the event alike.

On August 11 a meeting was held at which all three parties were represented, and at the end of which it was decided that Expo would seek an expert opinion. Argo was advised by a letter dated August 25 that the Warnock Hersey Company Ltd. had been retained to conduct a test, and would advise it of the date on which the test would take place. A letter from Argo to Customold on August 29 refers to this letter. However, there is no evidence that Customold was advised of the day appointed for the test, which took place on September 1, in the presence of representatives of Expo, Argo and Fiberglass Canada Ltd. The report, dated September 12, concludes that the pole gave way under a force equal to that of an 80 m.p.h. wind. With regard to the pole subjected to the test, the report prepared by Mr. Meyer, an engineering expert, contains the following passage, which acquires considerable significance in view of the nature of the case:

... It was noted that only three (3) poles had remained which were of the full length. Of the three poles, none

Les rapports mentionnent que le temps était très venteux; cependant, le vent était loin d'atteindre les 90 milles à l'heure spécifiés pour la résistance des hampes. En raison de cette situation, qui créait un danger sérieux d'accident, nous ne pouvions rien faire d'autre que vous demander d'enlever toutes les hampes en attendant qu'Expo effectue une enquête. Nous vous demandons de nous soumettre une proposition pour la réinstallation avec garantie suffisante à Expo qu'il ne se produira pas d'autre bris.

Nous aimerions bien que vous vous occupiez de cette affaire aussitôt que possible. Nous considérons l'absence de ces hampes comme un manque d'exécution du contrat.

Customold fut, de diverses manières, mise au courant de la situation. Le 5 juin, Szasz adressa à Argo une longue lettre dans laquelle il fait état d'une entrevue du 2 juin et dit, entre autres choses:

[TRADUCTION] D'abord, afin de préciser certains faits à savoir si une ou plusieurs hampes étaient brisées, la C.C.E.U. prétend qu'il y avait trois hampes brisées à différentes hauteurs. Notre témoin oculaire qui était sur les lieux à ce moment-là a vu une hampe se rompre après avoir constaté une demi-heure auparavant qu'elles étaient toutes intactes. En interrogeant différentes personnes qui ont été mêlées à l'enlèvement des hampes, on n'a pu obtenir deux versions identiques de l'événement.

Le 11 août, il y eut une réunion à laquelle les trois parties étaient représentées et en conclusion de laquelle il fut décidé qu'Expo ferait faire une expertise. Par lettre du 25 août, Argo fut informée que The Warnock Hersey Company Ltd. devait être chargée de faire l'épreuve et la préviendrait de la date à laquelle celle-ci aurait lieu. Une lettre du 29 août adressée par Argo à Customold fait allusion à cette lettre-là. Cependant, rien ne démontre que Customold ait été prévenue du jour fixé pour l'opération qui eut lieu le 1^{er} septembre, en présence de représentants d'Expo, d'Argo et de Fiberglass Canada Ltd. Le rapport, en date du 12 septembre, est à l'effet que le poteau céda à une charge équivalent à celle d'un vent de 80 milles à l'heure. Au sujet du poteau soumis à l'épreuve, on trouve dans ce rapport fait par l'ingénieur expert Meyer, le passage suivant qui revêt une certaine importance, vu la nature du litige:

[TRADUCTION] ... Il fut noté qu'il n'était resté que trois hampes pleine longueur. Des trois, aucune ne put

could be noticed to be in perfect condition; of one the top part was broken, the second one had serious cracks in the fiberglass and the third one had slight hairline cracks in the top horizontal binding and some slight hairline cracks in the fiberglass above this binding.

Mr. Dromlewicz informed the writer that the contractor had mentioned that he considered even the third pole damaged and not representative for testing. Upon close examination, we formed the opinion that the hairline cracks of the third pole were only surface cracks, which could only penetrate a maximum depth of the first layer of fiberglass and would not affect the strength capacity of the fiberglass pole. Therefore, to our judgment, one fiberglass pole was available for testing and it was decided that a testing program would be made and submitted to C.C.W.E.

The trial judge, after noting that the conclusions of Mr. Meyer's report conflicted with those of the expert witness for Customold, the chemical engineer Mr. Halliday, who had done the design work on the poles and supervised their manufacture, made the following observations:

[TRANSLATION] The Court must however take into account certain facts which were established and would seem to be important in deciding the outcome of this case, and weighing the expert testimony presented by the two opposing parties. In the first place, the collapse of three poles, which, even if its cause was not definitely established, creates a sufficiently strong presumption of fact to indicate a conclusion that the poles did not have the required strength, and might have presented certain dangers. It was also admitted that these poles were all made in the same way and by the same method, and were all identical. Further, all parties agreed, though it is true they did so without prejudice, that the poles should be re-installed, but to a reduced height . . .

After analysing and weighing all the evidence, the Court prefers to accept the conclusions of the expert witness A. F. Meyer, which moreover are supported by certain facts established in evidence.

In my view, this conclusion by the trial judge was quite proper, and the Court of Appeal had no basis for substituting its own appreciation of the evidence. To begin with, it should be noted that there were several good reasons for accepting the Meyer report's conclusions, and rejecting Mr. Halliday's opinion.

First of all, Meyer was an independent expert who made a test before witnesses, in the presence

être jugée en parfaite condition; la partie supérieure de l'une était brisée, la seconde avait des fissures prononcées dans la fibre de verre et la troisième avait des fissures minuscules dans le joint horizontal supérieur ainsi que dans la fibre de verre au-dessus.

M. Dromlewicz informa le sousigné que l'entrepreneur avait dit qu'il considérait même la troisième hampe comme endommagée et non représentative aux fins d'une épreuve. Après l'avoir examinée soigneusement, nous fûmes d'avis que ses fissures minuscules n'étaient que superficielles, ne pouvaient pénétrer au-delà de la première couche de fibre de verre et n'affectaient pas sa résistance. Par conséquent, selon nous, une des hampes en fibre de verre se trouvait disponible pour l'épreuve et on décida qu'un programme d'épreuve serait mis au point et soumis à la C.C.E.U.

Le juge du procès, après avoir signalé que les conclusions du rapport de l'ingénieur Meyer étaient en contradiction avec celles de l'expert de Customold, l'ingénieur chimiste Halliday, celui qui avait fait le «design» des hampes et en avait surveillé la fabrication, fit les observations suivantes:

Cette Cour doit retenir cependant certains faits qui ont été prouvés et qui apparaissent importants pour décider de l'issue de cette cause et apprécier la preuve des expertises offerte par les deux parties en cause. Tout d'abord la chute de trois poteaux qui, même si la cause n'en a pas été établie d'une façon certaine, crée des présomptions de faits suffisantes pour en arriver à la conclusion que ces poteaux n'avaient pas la résistance voulue et pouvaient présenter certain danger. Il a été admis aussi que ces poteaux avaient tous été fabriquées de la même manière et de la même façon et étaient tous identiques. D'autre part, toutes les parties, même s'il est vrai qu'elles l'ont fait sans préjudice, ont convenu de réinstaller ces poteaux mais à une hauteur réduite. . . .

Cette Cour, après avoir analysé et étudié toute la preuve, préfère accepter les conclusions de l'expert A. F. Meyer qui d'ailleurs sont confirmées par certains faits établis par la preuve.

A mon avis, cette conclusion du juge du procès est tout à fait judicieuse et la Cour d'appel n'était aucunement justifiée d'y substituer sa propre appréciation. Tout d'abord, il importe de souligner qu'il y avait plusieurs bonnes raisons de retenir les conclusions du rapport Meyer et de rejeter l'option de Halliday.

En premier lieu, Meyer est un expert indépendant qui a procédé devant témoins en présence de

of representatives from Expo and Argo, and made a detailed written report with supporting calculations. Halliday, on the other hand, is the man who did the design and supervised the manufacture on behalf of Customold. There was no one present to monitor his operations, he submitted no written report, and he furnished no detailed information.

Secondly, only Meyer checked what had to be checked, namely whether the poles as manufactured could resist a 90 m.p.h. wind. He made this check by applying to one pole a force equivalent to the pressure exerted by the wind, a force calculated in a manner which was not disputed. Halliday, on the other hand, did nothing to check the poles' resistance to wind pressure. He merely ascertained the tensile strength of the material. All that he states is that the strength in question (37,700 lbs. per sq. in.) corresponds to that which, from his calculations, is required for the poles to resist a wind of over 90 m.p.h., or as he said, of 120 m.p.h. This, in no way establishes that poles manufactured from material having that tensile strength were in accordance with the specifications. The latter specified the projected wind force, not merely the strength of the material from which the poles were made. Moreover, the Meyer report indicates that the pole subjected to testing failed in compression, not tension, and this was admitted by Halliday. Therefore, his computation concerning only the other factor in the strength of the poles was entirely worthless. Lajoie J.A., who wrote the reasons of the Court of Appeal, completely misunderstood the nature of Halliday's testimony when he stated:

[TRANSLATION] An identical, but unused and undamaged pole, which was the subject of the test conducted by Halliday, only broke under the stress of a force equal to a 120 m.p.h. wind.

It should be added that, as the trial judge pointed out, the Meyer report is corroborated by the facts. In addition to those he mentions the following should be noted: the first broken pole which the witness Lucien Poulin examined when he went to the La Ronde booth on the evening of May 16 had broken off exactly eighteen inches above the steel tube in which it was installed. Now,

représentants d'Expo et d'Argo, et a fait un rapport écrit détaillé avec chiffres à l'appui. Au contraire, Halliday est celui qui a fait le «design» et surveillé la fabrication pour le compte de Customold. Personne n'a été présent pour contrôler ses opérations, il n'en a produit aucun rapport écrit et ne fournit aucune précision.

En second lieu, seul Meyer a vérifié ce qu'il importait de vérifier, c'est-à-dire si les hampes telles que fabriquées pouvaient résister à un vent de 90 milles à l'heure. Il a fait cette vérification en appliquant à une hampe une charge équivalant à la pression exercée par le vent, charge calculée d'une façon que personne n'a contestée. Halliday, lui, n'a aucunement vérifié la résistance d'une hampe au vent. Il s'est contenté de vérifier la résistance en tension du matériau. Tout ce qu'il affirme c'est que cette résistance (37,700 lbs. au pouce carré) correspond à ce qui, d'après ses calculs, est requis pour que les hampes résistent à un vent de plus de 90 milles à l'heure soit, a-t-il dit, 120 milles à l'heure. Cela ne prouve aucunement que les hampes fabriquées avec un matériau de cette résistance en tension étaient conformes au devis. Celui-ci spécifie la force du vent à prévoir et non pas simplement la résistance du matériau dont elles doivent être faites. D'ailleurs, le rapport Meyer fait voir que la hampe soumise à l'épreuve a fait défaut en compression, et non en tension, ce que Halliday a admis. Cela signifie que sa vérification portant uniquement sur l'autre facteur de la résistance des hampes est complètement sans valeur. M. le juge Lajoie qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, s'est complètement mépris sur la nature du témoignage de Halliday en écrivant:

Le poteau identique mais inutilisé et non avarié qui fut l'objet de l'épreuve pratiquée par Halliday ne se brisa que sous l'effet d'une force égale à celle d'un vent de 120 milles à l'heure.

Il faut maintenant ajouter, comme le premier juge l'a fait observer, que le rapport de l'expert Meyer est corroboré par les faits. A ceux qu'il mentionne, j'ajouterai le suivant: la première hampe brisée que le témoin Lucien Poulin a examinée lorsqu'il est allé au kiosque de La Ronde le soir du 16 mai, s'était rompue précisément à 18 pouces au-dessus du tube d'acier auquel elle était

the pole tested by Meyer also gave way at exactly eighteen inches from the base. The sketch made by this witness indicates that, as he said, "the pole" was "broken, frayed into a fringe". Unfortunately, the deposition as transcribed by the stenographer is not exactly easy to understand since, as most common people do, the witness spoke of "fer" ("iron") instead of steel in reference to the pole supports. In transcribing his notes, the reporter confused "fer" with "verre" (glass), and put "verre" throughout. Accordingly, the record contains sentences such as this: "le tube de verre a cassé et il a cassé en bavelle; et pour les autres on a été obligé de les couper au vere (jusqu'au verre)." *Clearly, the witness ended his sentence with the words "au fer" ("to the iron"), and not "au verre" ("to the glass").

This is only one of the countless errors to be found throughout the depositions, which in many instances result in the reader having to guess at what the witness said, as when the word "racine" (root) is used instead of "résine" (resin). In my view, with all due respect for the contrary opinion, Lajoie J.A. erred in not sufficiently taking into account the importance of the advantage enjoyed by the trial judge who heard the witnesses and saw them give their explanations. Only this can account for Lajoie J.A. having written:

[TRANSLATION] It is a fact that a pole collapsed, but it was also necessary to explain the cause of that collapse, or at least—in order to raise a presumption of defective construction—to exclude the possibility of foreign causes not attributable to appellant, such as vandalism, damage during installation, being hit by a vehicle, and so forth. . . .

In fact, it is certain that at least two poles broke off and fell. The witness Poulin saw two which were broken, one eighteen inches from the base, the other at about ten feet up. The witness Gerry Dame also saw two broken poles at La Ronde. The third breakage was not observed on the spot, but one witness stated that he saw three broken poles in the workshop. Taking into account the evidence as a whole, the trial judge was surely justified in concluding from all this that there really were

* Translation: "the glass tube broke, and it broke at an angle; and as to the others, we had to cut them off at the iron pipe."

fixée. Or, c'est bien à 18 pouces du socle que la hampe éprouvée par Meyer a cédé elle aussi. Le croquis fait par ce témoin fait voir, comme il le dit, que «le poteau» était «cassé, échevelé». Malheureusement, la déposition comme elle a été transcrite par le sténographe est loin d'être facile à comprendre car, comme la plupart des gens du peuple, il a dit du «fer» et non pas de l'acier en parlant du support des hampes. Le sténographe en transcrivant ses notes a confondu «fer» et «verre» et a mis «verre» partout. On lit donc dans le dossier des phrases comme celle-ci: «le tube de verre a cassé et il a cassé en bavelle; et pour les autres on a été obligé de les couper au verre (jusqu'au verre).» Il est bien évident que le témoin a fini sa phrase en disant «au fer» et non pas «au verre».

Ceci n'est qu'une seule des innombrables erreurs que l'on relève partout dans les dépositions et qui font que dans bien des cas, il faut deviner ce que le témoin a dit comme lorsqu'il est fait mention de «racine» au lieu de «résine». A mon avis et avec respect pour l'opinion contraire, M. le juge Lajoie a fait erreur en ne tenant pas suffisamment compte de l'importance qu'il fallait attacher à l'avantage dont avait joui le premier juge en entendant les témoins et en voyant leurs explications. Cela seul peut expliquer qu'il ait écrit:

Qu'un poteau soit tombé, c'est un fait, mais encore fallait-il expliquer la cause de cette chute, ou du moins pour pouvoir tirer de là une présomption de vice de construction, exclure la probabilité de causes étrangères non imputables à l'appelante, vandalisme, dommage au cours de l'installation, choc de véhicule, etc. . . .

De fait, il est certain qu'au moins deux hampes se sont brisées et sont tombées. Le témoin Poulin en a vu deux qui étaient brisées, l'une à 18 pouces de la base, l'autre à une dizaine de pieds du haut. Le témoin Gerry Dame a, lui aussi, vu deux hampes brisées à La Ronde. Le troisième bris n'a pas été constaté sur place, mais un témoin a relaté avoir vu trois hampes brisées à l'atelier. Prenant en considération l'ensemble de la preuve, le premier juge était sûrement justifié de conclure de tout

three breakages. To conclude there was only one is to ignore the existence of conclusive evidence.

So far as the exclusion of causes other than wind is concerned, I should like to know how the possibilities of vandalism and being struck by a vehicle can reasonably be considered if we take account, as we must, that the poles were not installed at ground level, but atop a steel structure twelve feet high. As to damages occurring during installation I think it suffices to point out that the poles were merely *glued* inside the steel pipes.

What of the fact, noted in the reasons of the Court of Appeal, that the weather reports showed only 11 m.p.h. winds on the day the poles collapsed? Here again, it must be said that the evidence was misconstrued. In fact, the notation at the bottom of the report reads: "Prevailing wind direction with total number of miles for each hour." This means that the report gives only the average wind speed during a full hour at the observatory, whereas what matters is the momentary speed, as to which no information is given. Since we know from the actual statement of Customold's manager, in his letter of June 5, that he had an eyewitness of the collapse of one of the poles, what more is needed? If that witness had been in a position to attribute the breakage to anything other than wind, Customold would certainly have called him to testify.

In the case at bar, therefore, I must hold that the Court of Appeal had no basis whatever for interfering with the trial judge's findings on the evidence. While paying lip service to the non-intervention rule, it actually ignored it completely and came to a contrary conclusion based on a complete misapprehension of the proven facts. Such misapprehension requires the intervention of this Court.

Counsel for appellant Argo asked not only that the judgment at trial reducing from \$15,750 to \$7,500 the sum payable for the 63 poles delivered to Customold be restored, but also that the Court

cela qu'il y avait vraiment eu trois bris. C'est méconnaître l'existence de témoignages probants que de n'en retenir qu'un seul.

Pour ce qui est de l'exclusion des causes autres que le vent, je voudrais bien savoir comment on peut raisonnablement considérer les possibilités de vandalisme, de choc de véhicule, si l'on tient compte, comme il se doit, du fait que les hampes n'étaient pas installées au niveau du sol, mais au sommet d'une structure d'acier de 12 pieds de hauteur. Quant aux dommages au cours de l'installation il suffit, je pense, de faire observer que les hampes étaient simplement collées à l'intérieur du tube d'acier.

Que dire maintenant du fait signalé dans les motifs de la Cour d'appel que les rapports météorologiques ne signalent que des vents de 11 milles à l'heure le jour où les hampes sont tombées. Ici encore, il faut signaler que l'on s'est mépris sur la preuve. En effet, la note au bas du rapport se lit comme suit: «Prevailing wind direction with total number of miles for each hour». C'est donc dire que le document donne uniquement la vitesse moyenne du vent pendant une heure complète à l'observatoire alors que ce qui compte c'est la vitesse instantanée sur laquelle on n'a aucune indication. Quand on sait que de l'aveu même du gérant de Customold fait dans sa lettre du 5 juin, il avait un témoin oculaire de la chute d'une des hampes, que peut-on vouloir de plus? Si ce témoin avait été en mesure d'attribuer le bris à autre chose que le vent, Customold n'aurait pas manqué de le faire entendre.

Dans le cas présent, il me faut donc dire que la Cour d'appel n'était aucunement justifiée d'intervenir dans l'appréciation de la preuve faite par le premier juge. Tout en disant reconnaître la règle de non-intervention, elle l'a en réalité totalement méconnue et en est venue à une conclusion contraire par suite de graves méprises sur les faits prouvés. Ces méprises exigent l'intervention de cette Cour.

L'avocat de l'appelante Argo a demandé non seulement de rétablir le jugement de première instance réduisant de \$15,750 à \$7,500 le montant payable pour les 63 hampes livrées à Customold,

allow to the extent of \$4,079.44 the cross-demand for \$6,000 damages. The trial judge dealt very briefly with this point:

[TRANSLATION] On the question of the cross-demand, the cross-plaintiff has not established the existence of damages to the satisfaction of this Court. Moreover, it incurred no additional expense for repairing and installing the poles.

It is quite true, as appears from a letter from Argo to Customold dated August 29, 1967, that Expo agreed to pay for all the costs incurred in cutting the poles to twenty-five feet in length, refinishing and re-installing them. However, as stated in its factum in this Court, those are not the expenses which Argo claims by its cross-demand in which the nature of its damages is not stated. The evidence submitted in this case shows that Expo has paid nothing for the poles, their installation and removal. The trial judge quite properly held on the principal demand that, even if the poles did not comply with the specifications, Argo should pay the value of what was used. He therefore more or less halved the amount of the invoice, just as the poles were halved before being re-installed. Expo's refusal to pay the amount could not affect the supplier's remedy. However, once it is found that the poles did not comply with the specifications, it follows that the costs incurred for the first installation and for the removal were not recoverable from Expo, and were therefore a loss to the contractor attributable to the fault of the supplier.

As Argo had contracted for the whole job, it had no breakdown of costs available for the initial installation of the poles. However, Expo having agreed to pay for the re-installation, these costs were noted and amounted to \$3,096.53. Argo submits that it is reasonable to assume the initial cost was not less than that of the re-installation, and it accordingly claims an equal sum, not for the re-installation costs, which were paid by Expo, but for the estimated cost of the initial installation. This is what the trial judge appears to have overlooked as well as the proof contained in a detailed

mais aussi de faire droit jusqu'à concurrence de \$4,079.44 à la demande reconventionnelle réclamant la somme de \$6,000 à titre de dommages-intérêts. Les motifs du premier juge à ce sujet sont laconiques:

Statuant sur la demande reconventionnelle, la demanderesse reconventionnelle n'a pas établi la preuve de ses dommages à la satisfaction de cette Cour. D'ailleurs elle n'a encouru aucun déboursé additionnel pour la réparation et l'installation des poteaux.

Il est vrai, comme il ressort d'une lettre d'Argo à Customold en date du 29 août 1967, qu'Expo a accepté de payer tous les frais subis pour couper les hampes à 25 pieds de longueur, les finir et les réinstaller. Cependant, d'après son mémoire en cette Cour, ce ne sont pas ces déboursés-là qu'Argo réclame par sa demande reconventionnelle où elle ne dit aucunement en quoi consistent ses dommages. D'après la preuve faite en cette cause, Expo ne lui a rien payé pour les hampes, leur installation et leur enlèvement. C'est à bon droit que le premier juge a statué sur la demande principale que même si les hampes n'étaient pas conformes au devis, Argo devait payer la valeur de ce qu'elle avait utilisé. Par conséquent, il a sensiblement coupé en deux le montant de la facture comme on avait coupé en deux les hampes avant de les réinstaller. Le refus d'Expo d'en payer la valeur ne pouvait priver le fournisseur de son recours. Cependant, dès que l'on reconnaît que les hampes n'étaient pas conformes au devis, les frais subis pour la première installation et pour leur enlèvement ne sauraient être recouvrables d'Expo et constituent donc pour l'entrepreneur une perte imputable à la faute du fournisseur.

Comme il s'agissait de l'exécution d'un contrat global, Argo n'a pas comptabilisé les frais de la première installation des hampes. D'un autre côté, Expo ayant accepté de payer la réinstallation, ces frais-là ont été comptabilisés et se sont élevés à \$3,096.53. Argo soutient qu'il est raisonnable de présumer que le coût de l'installation primitive n'a pas été moindre que celui de la réinstallation et, par conséquent, elle réclame un montant égal, non pas pour les frais de réinstallation qui lui ont été payés par Expo, mais bien comme estimation du coût de la première installation. C'est ce qui

statement included in the record that the removal of the poles cost \$982.91.

In view of the conclusion which it reached on the principal demand, the Court of Appeal naturally did not give any consideration to the facts concerning the cross-demand which I have just noted. Such being the case, it cannot be said that there were concurrent findings of fact. In my view, therefore, there are grounds for intervening to allow the cross-demand to the extent of \$4,000.

I conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal reversed, the judgment of the Superior Court on the principal demand restored and the cross-demand, allowed to the extent of \$4,000 to be set off against the amount allowed on the principal demand so as to reduce the amount thereof to \$3,500 with interest from the date of the writ, the whole with costs against respondent in all courts except on the principal demand in the Superior Court.

Appeal dismissed with costs, MARTLAND and PIGEON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein & Litvock, Montreal.

Solicitors for the respondent: Boisvert & Pickel, Montreal.

semble avoir échappé au premier juge, de même que la preuve que l'enlèvement des hampes a coûté \$982.91 suivant un état détaillé produit au dossier.

Vu la conclusion à laquelle elle en est venue sur la demande principale, la Cour d'appel n'a évidemment pas considéré les faits que je viens de relater au sujet de la demande reconventionnelle. Dans ces conditions, on ne peut pas dire qu'il y a vraiment conclusion concordante sur les faits. Il me paraît donc qu'il y a lieu d'intervenir pour faire droit à la demande reconventionnelle jusqu'à concurrence de \$4,000.

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel, de rétablir le jugement de la Cour supérieure sur la demande principale, de faire droit à la demande reconventionnelle jusqu'à concurrence de \$4,000, et de prononcer la compensation avec le montant accordé sur la demande principale de façon à le réduire à \$3,500, avec intérêt à compter de l'assignation, le tout avec dépens contre l'intimée dans toutes les cours sauf sur la demande principale en Cour supérieure.

Pourvoi rejeté avec dépens, les JUGES MARTLAND et PIGEON étant dissidents.

Procureurs de l'appelante: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein & Litvock, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Boisvert & Pickel, Montréal.

Arthur V. Mack and Dorothy Dyce *ès qual.*
(*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Air Canada (*Defendant*) *Respondent*.

1974: October 16, 17; 1974: November 12.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson and de Grandpré JJ.

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

Damages—Sudden death in air crash—Suit by executors—No claim allowed for loss of enjoyment of life and of holidays, injuries, suffering, apprehension of death—Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14.

As a result of the crash in Toronto of an aircraft belonging to respondent, all passengers died. Among them were Reginald Whittingham, his wife and their only son. Two actions were instituted by appellants in their capacity as executors of each of the spouses. The damages claimed in each action were for physical suffering, anxiety, shortening of life, loss of anticipated future savings, expenses incurred in the investigation to determine the assets and liabilities of the estate, loss of enjoyment of the vacation, loss of registered baggage, of personal items, monies and other valuables which each of the spouses was carrying on the aircraft. The action on behalf of the husband also refers to the loss of future contributions by his employer to his pension fund. On motions to dismiss made in accordance with Art. 165 of the *Code of Civil Procedure*, the Superior Court judge struck out all the items of claim with the exception of those related to the loss of physical property. This judgment was affirmed on appeal on the grounds that the provisions as to liability made in the *Carriage by Air Act*, and the *Warsaw Convention* contained in the Schedule thereto, exclude any action other than by members of the family with respect to the death of a passenger. Hence the appeals to this Court.

Held: The appeals should be dismissed.

Loss of enjoyment of life, like the loss of enjoyment of the vacation, unquestionably results from the death. With regard to the severe shock, fear, anguish, terror, injuries, pain and apprehension of death, these harmful effects could only have been suffered for an extremely short time, at most a few minutes, according to the allegations of counsel for the appellants. It may therefore be said that they died "almost instantaneously".

Arthur V. Mack et Dorothy Dyce *ès-qual.*
(*Demandeurs*) *Appellants*;

et

Air Canada (*Défenderesse*) *Intimée*.

1974: les 16 et 17 octobre; 1974: le 12 novembre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson et de Grandpré.

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

Domages—Décès instantané dans écrasement d'avion—Réclamations par exécuteurs testamentaires—Aucun recours pour perte de jouissance de vie et de vacance, blessures, douleurs, appréhension de la mort—Loi sur le transport aérien, S.R.C. 1970, c. C-14.

A la suite de l'écrasement d'un avion de l'intimée à Toronto, tous les passagers sont décédés. Parmi ceux-ci se trouvaient Reginald Whittingham, son épouse et leur fils unique. Deux actions ont été intentées par les appellants en qualité d'exécuteurs testamentaires de chacun des époux. Les dommages réclamés dans chaque action visent la douleur physique, l'anxiété, l'abrègement de la vie, la perte d'épargnes futures, les déboursés relatifs aux recherches pour déterminer l'actif et le passif de la succession, la perte de jouissance de vacance, la perte de bagages enregistrés, la perte d'articles personnels ainsi que de l'argent et autres objets de valeurs se trouvant sur chacun des époux dans l'avion. L'action relative à l'époux vise en plus la perte de contributions futures de son employeur à son fonds de pension. Sur requêtes en irrecevabilité en vertu de l'art. 165 du *Code de procédure civile*, le juge de la Cour supérieure a retranché tous les chefs de réclamation à l'exception de ceux visant la perte de biens matériels. Ce jugement a été confirmé en appel pour le motif que le régime de responsabilité prévu par la *Loi sur le transport aérien* et la *Convention de Varsovie* y annexée exclut tout recours autre que celui des membres de la famille relativement à la mort d'un voyageur. D'où les pourvois à cette Cour.

Arrêt: Les pourvois doivent être rejetés.

La perte de la jouissance de la vie tout comme celle de la jouissance de la vacance, découle indubitablement du décès. En ce qui concerne le choc grave, la frayeur, l'angoisse, la terreur, les blessures, la douleur et l'appréhension de la mort, ces effets préjudiciables n'ont pu être subis que pendant un temps extrêmement court, quelques minutes tout au plus, d'après les allégations de l'avocat des appellants. On peut donc dire qu'elles sont

Their situation is in no way comparable to that of persons who might have survived. In the present case it is not necessary to consider the point on which the majority relied in the Court of Appeal.

Driver et al. v. Coca-Cola Ltd., [1961] S.C.R. 201; *Pratt v. Beaman*, [1930] S.C.R. 284, referred to.

APPEALS from judgments of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, affirming judgments of the Superior Court. Appeals dismissed.

D. M. Lack, Q.C., and *P. R. Lack*, for the plaintiffs, appellants.

E. D. Pinsonnault, Q.C., for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—On July 5, 1970, an Air Canada aircraft en route from Montreal to Los Angeles crashed at Toronto. Among the passengers who were killed in that accident were Reginald Whittingham, his wife and their only son. Two actions were instituted in the Superior Court. Appellants were the plaintiffs in those actions in their capacity as executors of each of the two spouses. The husband's brother was a co-plaintiff in the first action as being the only surviving member of the family. The wife's brother was a co-plaintiff in the other action. The claims made by these co-plaintiffs are not the subject of this appeal, which is concerned only with claims by the executors. In the two statements of claim, the only allegation relating to the facts of the accident reads as follows:

7. THAT on or about July 5, 1970 the said aircraft, after a momentary touch down on Runway 32 at Toronto International Airport, Malton, Ontario in the course of attempting an enroute stop on a scheduled flight from Montreal, Quebec to Los Angeles, California crashed or was caused to crash near the said airport, which crash caused the death of the said Reginald Whittingham and all other passengers as well as all members of the crew on the said aircraft, 109 people having thus been killed.

In the action based on the death of the husband, the allegation regarding the amount of damages claimed by the executors reads as follows:

décédées «presque instantanément». On ne saurait d'aucune manière comparer leur situation à celle de personnes qui auraient survécu. Dans le cas présent il n'est pas nécessaire de statuer sur le motif retenu par la majorité en Cour d'appel.

Arrêts appliqués: *Driver et al. c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201; *Pratt c. Beaman*, [1930] R.C.S. 284.

APPELS de jugements de la Cour du banc de la reine, province de Québec, confirmant des jugements de la Cour supérieure. Appels rejetés.

D. M. Lack, c.r., et *P. R. Lack*, pour les demandeurs, appelants.

E. D. Pinsonnault, c.r., pour la défenderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le 5 juillet 1970, un avion d'Air Canada en route de Montréal à Los Angeles s'est écrasé à Toronto. Parmi les passagers qui ont trouvé la mort dans cet accident, il y avait Reginald Whittingham, son épouse et leur fils unique. Deux actions ont été intentées en Cour supérieure. Les appelants y sont demandeurs en qualité d'exécuteurs testamentaires de chacun des deux époux. Le frère de l'époux s'est porté codemandeur dans la première poursuite à titre de seul membre survivant de la famille. Le frère de l'épouse a fait de même dans l'autre cas. Les réclamations de ces codemandeurs ne font pas l'objet du présent pourvoi qui ne vise que celles des exécuteurs testamentaires. Dans les deux déclarations, l'unique allégation touchant les faits de l'accident se lit comme suit:

[TRADUCTION] 7. Que le 5 juillet 1970, ou vers cette date, ledit avion, après avoir touché le sol un instant sur la piste 32 de l'aéroport international de Toronto à Malton (Ontario), en tentant de faire escale au cours d'une envolée régulière de Montréal (Québec) à Los Angeles (Californie), s'est écrasé ou fut mené à l'écrasement près de l'aéroport, écrasement qui a entraîné la mort dudit Reginald Whittingham et de tous les autres passagers, ainsi que de tous les membres de l'équipage et fait ainsi 109 morts.

Dans l'action découlant du décès de l'époux, l'allégation relative à la quotité des dommages réclamés par les exécuteurs testamentaires se lit comme suit:

16. THAT in the premises, Plaintiffs Arthur V. Mack and Dorothy Dyce, in their quality as Executors and personal representatives of the Estate of the late Reginald Whittingham, claim and are entitled to recover from Defendant the sum of \$63,220.00, the whole consisting of the following:

- | | |
|---|-------------|
| a) For the loss alleged in Paragraph 13 hereof, the sum of | \$ 5,000.00 |
| b) For the severe shock, fear, anguish, terror, physical injuries, pain and apprehension of death suffered by the late Reginald Whittingham, the sum of | 10,000.00 |
| c) For loss of enjoyment of life of the late Reginald Whittingham, the sum of | 5,000.00 |
| d) For loss of anticipated future savings from earnings as well as loss of anticipated increase in net worth of the late Reginald Whittingham during what would have been his normal life span, the sum of | 35,000.00 |
| e) For expenses incurred and to be incurred in respect of the investigation of the death of the late Reginald Whittingham and the investigation of the assets and liabilities of his Estate as well as in connection with the settlement of the said Estate, the sum of | 5,000.00 |
| f) For loss of enjoyment of the vacation commenced by the late Reginald Whittingham on the day of the aforesaid crash, the sum of | 1,000.00 |
| g) For loss of the registered baggage of the late Reginald Whittingham, the sum of | 360.00 |
| h) For loss of objects belonging to the late Reginald Whittingham and of which he took charge himself on the said aircraft, the sum of | 360.00 |
| i) For loss of monies and other valuables belonging to the late Reginald Whittingham that he carried on his person while on the said aircraft, the sum of | 1,500.00 |

In the other action the corresponding allegation is identical, except that it does not include subparagraph (a) above, which refers to the loss of future contributions by the husband's employer to his pension fund. In addition, a smaller amount is claimed in the last subparagraph.

On a motion to dismiss made in accordance with art. 165 of the *Code of Civil Procedure*, St-Ger-

[TRADUCTION] 16. QUE par les présentes, les demandeurs Arthur V. Mack et Dorothy Dyce, en qualité d'exécuteurs testamentaires et de représentants personnels de la succession de feu Reginald Whittingham, réclament et ont droit d'obtenir de la défenderesse la somme de \$63,220, le tout comprenant ce qui suit:

- | | |
|--|-------------|
| a) Pour la perte alléguée au paragraphe 13 des présentes, la somme de | \$ 5,000.00 |
| b) Pour le choc grave, la frayeur, l'angoisse, la terreur, les blessures, la douleur et l'appréhension de la mort subis par feu Reginald Whittingham, la somme de | 10,000.00 |
| c) Pour perte de la jouissance de la vie de feu Reginald Whittingham, la somme de | 5,000.00 |
| d) Pour perte d'épargnes futures escomptées sur les gains et perte d'accroissement prévu de la fortune nette de feu Reginald Whittingham durant la période qu'il pouvait normalement s'attendre de vivre, la somme de | 35,000.00 |
| e) Pour déboursés faits et à être faits à l'égard de l'enquête sur la mort de feu Reginald Whittingham et des recherches en vue de déterminer l'actif et le passif de sa succession, ainsi que pour le règlement de ladite succession, la somme de | 5,000.00 |
| f) Pour perte de la jouissance de la vacance qui commençait pour feu Reginald Whittingham le jour dudit accident, la somme de | 1,000.00 |
| g) Pour la perte des bagages enregistrés de feu Reginald Whittingham, la somme de | 360.00 |
| h) Pour la perte des articles appartenant à feu Reginald Whittingham et dont celui-ci avait conservé la garde dans l'avion, la somme de | 360.00 |
| i) Pour la perte de l'argent et des autres objets de valeur de feu Reginald Whittingham que celui-ci avait sur lui pendant qu'il voyageait dans ledit avion, la somme de | 1,500.00 |

Dans l'autre action, l'allégation correspondante est identique, sauf que l'on n'y trouve pas le sous-paragraphe (a) ci-dessus lequel a trait à la perte des contributions futures de l'employeur de l'époux à son fonds de pension. De plus, le montant réclamé au dernier sous-paragraphe est moindre.

Sur requête en irrecevabilité faite en vertu de l'art. 165 du *Code de procédure civile*, M. le juge

main J. of the Superior Court struck out all items of claim by the executors except the last three, which related exclusively to the loss of physical property. This judgment was based entirely on a decision of this Court, *Driver et al v. Coca-Cola Ltd.*¹ Reference was made *inter alia* to the following passages from the reasons of Taschereau J. (at p. 207):

[TRANSLATION*] But if the physical suffering, the shortening of life and the anxiety which result constitute a serious element of damages, it is still necessary for the victim to have felt the effects of them in his lifetime for the right to be created before his death.

I do not think that the elements necessary to justify the claim of the heirs are to be found in the present case. The victim died almost instantly. Did she suffer physically and morally? Did she experience this anguish which I described just now? We know nothing of that, and we do not even know if, after having been struck by the respondent's truck, she was still conscious when the ambulance took her to the hospital.

It is not established that these essential elements of damages have ever formed part of the property of the succession of the victim, and the heirs cannot in consequence be invested with them.

This judgment was affirmed on appeal on the grounds that, since the case involved international transportation governed by the *Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14*, the special provisions as to liability made in that Act and the *Warsaw Convention* contained in the Schedules thereto exclude any action other than by members of the family "in respect of the death of a passenger". In particular, Deschênes J.A. observed:

[TRANSLATION] Appellants raised a further distinction: s. 2(5) of the *Carriage by Air Act*, and Schedule II, apply only in the event of a passenger's death. The actions, they submit, claim compensation consequent upon, in the one case, injuries sustained, and in the other, death. Therefore, the claims should be allowed *pro tanto*, at least in so far as they are based on injuries rather than on death.

However, this ingenious argument cannot be sustained for two reasons. First, nothing in the actions supports the distinction now advanced by appellants. Second, the capacity in which appellants appear implies

St-Germain de la Cour supérieure a retranché tous les chefs de réclamation des exécuteurs testamentaires, sauf les trois derniers qui visent uniquement la perte de biens matériels. Ce jugement est fondé exclusivement sur l'arrêt de cette Cour: *Driver et al c. Coca-Cola Ltd.*¹. On y cite, entre autres, les passages suivants des motifs de M. le juge Taschereau (à la p. 207):

Mais si la douleur physique, l'abrègement de la vie et l'anxiété qui en résulte, constituent un sérieux élément de dommages, encore faut-il que la victime en ait ressenti les effets en son vivant, que le droit soit né avant sa mort.

Je ne crois pas que l'on trouve dans la présente cause les éléments nécessaires pour justifier la réclamation des héritiers. La victime est décédée presque instantanément. A-t-elle souffert physiquement et moralement? A-t-elle éprouvé cette douleur et cette angoisse que je signalais tout à l'heure? Nous n'en savons rien, et nous ne savons même pas si, après avoir été frappée par le camion de l'intimée, elle avait encore sa connaissance lorsque l'ambulance l'a conduite à l'hôpital.

Il n'est pas établi que ces éléments essentiels de dommages ont jamais fait partie du patrimoine de la victime, et les héritiers en conséquence ne peuvent en être investis.

En appel, le jugement a été confirmé pour le motif que vu qu'il s'agit de transport international régi par la *Loi sur le transport aérien S.C.R. 1970, c. C-14*, le régime spécial de responsabilité prévu par cette loi et la *Convention de Varsovie* qui y est annexée exclut tout recours autre que celui des membres de la famille «relativement à la mort d'un voyageur». M. le juge Deschênes dit notamment:

Les Appellants ont soulevé une distinction subsidiaire: L'article 2(5) de la *Loi sur le transport aérien*, de même que l'annexe II ne s'appliquent qu'en cas de mort du voyageur. Or, ont-ils soumis, les actions réclament des indemnités qui sont consécutives les unes aux blessures, les autres seulement au décès. Dès lors les réclamations devraient être permises *pro tanto*, au moins dans la proportion où elles découlent des blessures plutôt que de la mort.

Cet argument ingénieux ne saurait toutefois être reçu, pour deux raisons. D'abord rien dans les actions ne soutient la distinction que les Appellants mettent maintenant de l'avant. Ensuite, la qualité que prennent les

¹ [1961] S.C.R. 201.

* (1961), 27 D.L.R. (2d) 20, at p. 25.

¹ [1961] R.C.S. 201.

the death of the passengers, and the possible remedies consequent upon that death have a single basis governed by the Act and its Schedules.

Gagnon J.A., dissenting, said:

[TRANSLATION] Section 2(5) of the Act (R.S.C. 1970, c. C-14) only substitutes for the liability of a carrier under any law in force in Canada, in respect of the death of a passenger, the liability imposed by Art. 17 of the Convention, also in respect of the death of a passenger. The English text reads: "liability in respect of the death of a passenger".

Art. 17 of the Convention covers not only liability for the death of a passenger, but also liability for damage resulting from wounding or other bodily injury.

A comparison of the two texts seems to suggest that it was only in the case of damage resulting from death, "in respect of death", that the legislator intended to substitute the Convention for domestic law. For us, the statute must take priority, and it is not necessary to consider whether Canada, by s. 2 of the Act, did or did not fully implement, on its territory and with respect to its citizens, the international convention.

In addition, Art. 17 of the Convention only states the principle of liability (certain conditions of which are defined by the other articles of Chapter III); it does not define the word "damage". It does not resolve our problem. I refer to the recent decision of this Court in *Surprenant et al v. Air Canada* (C.A.M. 09-014989-71, October 27, 1972) that the word "damage" must be interpreted in accordance with our law.

On this point, I would adopt the conclusion that the Warsaw Convention, as amended by the Hague Protocol and implemented in Canada by s. 2(1) of the Act, but subject to the other provisions of the section, and hence of subsection 5, presents no obstacle to a claim by an estate based on a cause other than the death of a passenger, and that in Quebec the damages that may be claimed will be determined in accordance with our own rules.

Finally, he concluded as follows:

With regard to items 2, 3 and 5 (i.e. subparagraphs b), c) and f)), assuming for the purposes of deciding the motions to dismiss that the crash of the aircraft was preceded by a "momentary touch down on Runway 32 at Toronto International Airport", that the crash occurred "near the said airport", and that the victims had time to suffer the alleged anguish, I would restore those items.

Appelants implique le décès des voyageurs et les recours possibles à la suite de ce décès se fondent en un seul que réglementent la Loi et ses annexes.

M. le juge Gagnon, dissident, dit au contraire:

L'article 2 (5) de la loi (S.R.C. 1970, ch. C-14) ne fait que substituer à la responsabilité du transporteur prévue par toute loi en vigueur au Canada, relativement à la mort d'un voyageur, la responsabilité imposée par l'article 17 de la convention relativement aussi à la mort du voyageur. Le texte anglais dit: «liability in respect of the death of a passenger.»

L'article 17 de la Convention ne couvre pas uniquement la responsabilité pour la mort d'un passager, mais aussi la responsabilité pour dommages résultant de blessures ou autre lésion corporelle.

Le rapprochement des deux textes me paraît suggérer que ce n'est que dans le cas de la responsabilité pour les dommages résultant du décès, «in respect of death» que le législateur a voulu substituer la Convention au droit autochtone. Pour nous, c'est le statut qui doit primer et nous n'avons pas à nous demander si le Canada a ou n'a pas, par l'article 2 de sa loi, donné plein effet sur son territoire sur ses ressortissants à la convention internationale.

Par ailleurs, l'article 17 de la Convention ne fait que poser le principe de la responsabilité (dont certaines conditions sont définies par les autres articles du chapitre III) et il ne définit pas le mot «dommage». Il n'éclaire pas notre problème. Je retiens de l'arrêt récent de notre Cour dans *Surprenant et autre vs. Air Canada* (C.A.M. 09-014989-71, 27 octobre 1972) que le mot «dommage» doit être interprété suivant notre droit.

A ce point, j'adopterais la conclusion que la Convention de Varsovie, tel qu'amendée par le Protocole de La Haye, et mise en vigueur au Canada par l'article 2(1) de la loi, mais sous réserve des autres dispositions de l'article et par conséquent du paragraphe 5, ne fait pas obstacle à une réclamation d'une succession qui aurait une cause autre que le décès du voyageur et qu'au Québec, les dommages qui peuvent être réclamés seront déterminés suivant nos propres règles.

En définitive, il conclut comme suit:

Quant aux chefs 2, 3 et 5, (i.e. sous-par. b), c) et f)), prenant pour acquis, pour les fins d'adjuger sur des requêtes en irrecevabilité, que l'écrasement de l'avion a été précédé d'un «momentary touch down on Runway 32 at Toronto International Airport», que l'écrasement s'est produit «near the said airport», que les victimes auraient eu le temps de subir les inconvénients de l'angoisse qu'on allègue, je les rétablirais.

I have considered *Driver v. Coca-Cola Limited*, [1961] S.C.R. 201, very carefully, and I feel I must leave it to the trial judge, with the aid of the evidence presented before him, to decide whether the victims were in possession during their lifetime of a right to compensation for damages on account of pain or injuries, shortening of life or anxiety.

At the hearing appellants asked the Court to approve these conclusions of the dissenting judge on appeal. To begin with it should be said that the last two items must be disallowed unhesitatingly. Loss of enjoyment of life, like the loss of enjoyment of the vacation, unquestionably results from the death. It is true that if the victims had only been injured they might have suffered this loss during their lifetimes. But a case cannot be decided according to what might have happened, only what did in fact happen, as this Court held in *Pratt v. Beaman*². In that case, a person injured in an accident had brought an action in which he claimed damages estimated in accordance with his life expectancy. He died before the case was heard, and his heirs continued the suit. The trial judge fixed the amount awarded on the basis of life expectancy, without allowing for the death of the victim. This Court unanimously affirmed the decision of the Court of Appeal that the amount of damages should be limited to the loss suffered while the victim was actually alive. In the case at bar, the victim's death occurred almost instantaneously, and this is what effectively caused the loss of enjoyment of life and the loss of enjoyment of the vacation.

Accordingly, the only claim which remains to be considered is "For the severe shock, fear, anguish, terror, physical injuries, pain and apprehension of death". At the hearing there was a lengthy discussion of the wording of the statement of claim, and the question was raised whether, in view of the beginning of paragraph 16, it was possible to infer, as did Gagnon J.A., the allegation of an interval of time during which the victims underwent anguish and suffering caused by injuries sustained in the initial impact. In my view it is not necessary to reach any conclusion on this question. Even assum-

² [1930] S.C.R. 284.

J'ai examiné attentivement l'arrêt *Driver vs. Coca-Cola Limited*, [1961], R.C.S. 201, et je crois devoir laisser au juge du fond, à l'aide de la preuve qui sera faite devant lui, de décider si les victimes ont été nanties de leur vivant d'un droit résultant à la réparation d'un préjudice à raison de douleurs ou de blessures, d'abrégement de la vie ou d'anxiété.

A l'audition, les appelants nous ont demandé d'endosser ces conclusions du juge dissident en appel. Disons tout de suite qu'il faut écarter sans hésitation les deux derniers chefs. La perte de la jouissance de la vie, tout comme la perte de la jouissance de la vacance, découle indubitablement du décès. Il est vrai que si les victimes avaient seulement été blessées, elles auraient pu subir ce dommage de leur vivant. Mais on ne juge pas une clause selon ce qui aurait pu arriver mais bien selon ce qui s'est produit, comme cette Cour l'a décidé dans *Pratt c. Beaman*². Dans cette affaire-là, une personne blessée dans un accident avait intenté une action où elle réclamait des dommages estimés suivant son expectative de vie. Elle était morte avant que la cause ne fût instruite et ses héritiers avaient repris l'instance. Le premier juge avait fixé le montant alloué sur la base de l'expectative de vie sans tenir compte du décès de la victime. Cette Cour a unanimement confirmé l'arrêt de la Cour d'appel statuant que le montant du préjudice devait être limité à la perte subie pendant la durée réelle de la vie de la victime. Dans le cas présent, le décès des victimes est survenu presque instantanément et c'est cela qui a effectivement entraîné la perte de la jouissance de la vie comme la perte de la jouissance de la vacance.

Il reste donc à considérer uniquement la réclamation «For the severe shock, fear, anguish, terror, physical injuries, pain and apprehension of death». A l'audition, on a longuement discuté la rédaction de la déclaration et l'on s'est demandé si, tenant compte du début du paragraphe 16, on pouvait comme M. le juge Gagnon, voir là l'allégation d'un intervalle de temps pendant lequel les victimes auraient subi de l'angoisse et des souffrances découlant de blessures subies dans le choc initial. Il ne me paraît pas nécessaire d'en venir à une conclusion sur cette question. A mon avis, même

² [1930] R.C.S. 284.

ing that the statement of claim can bear the interpretation placed on it by Gagnon J.A., there is no need to wait until the case is tried in order to decide whether the executors have any right of recovery on this item.

The unfortunate victims died in the accident. Their suffering and anguish can only have been experienced and caused them harm up to the time of their death. Their situation is in no way comparable to that of persons who might have survived. For this reason the decisions on such cases cited before the Court are of no assistance. One who survives may sustain great injury from a very brief shock, because he may ultimately feel the harmful effects for the rest of his life. Here the harmful effects could only have been felt for an extremely short time. All that appellants' counsel felt he could say in this regard was that more than fractions of a second were involved. It is clear from his own allegations, however, that it could at most have been a few minutes. In my view, this necessarily leads to the conclusion reached by the trial judge, that these were victims who died "almost instantaneously", as in *Driver et al v. Coca-Cola*.

We are not prevented from reaching this conclusion by the fact that, at the hearing, counsel for the respondent, arguing that plaintiffs did not allege that the victims had suffered injury an appreciable time before dying, added "if they had, I would not have moved to dismiss, I would have left it for the trial judge to rule on the applicability of *Driver v. Coca-cola*". At this stage, the question is not as to what line of conduct would have been adopted in those circumstances. Nor should we consider where the dividing line must be drawn. Here, it is clear that the time lapse was not significant.

In view of this conclusion it is not necessary to consider the point on which the majority relied in the Court of Appeal.

For these reasons I conclude that the two appeals should be dismissed with costs to be taxed

en prenant pour acquis qu'on peut interpréter la déclaration comme M. le juge Gagnon, il n'y a pas lieu d'attendre l'instruction de la cause pour décider si les exécuteurs testamentaires peuvent recouvrer quelque chose de ce chef.

Les malheureuses victimes ont trouvé la mort dans l'accident. Leurs souffrances, leur angoisse n'ont pu être ressenties et leur causer préjudice que jusqu'à l'instant de leur mort. On ne saurait, d'aucune manière, comparer leur situation à celle de personnes qui auraient survécu. C'est pourquoi il n'y a rien à tirer des arrêts que l'on nous a cités touchant de tels cas. Celui qui survit peut subir un dommage important du fait d'un choc très court, parce qu'il peut arriver qu'il en ressente des effets préjudiciables le reste de ses jours. Ici, ces effets préjudiciables n'ont pu être subis que pendant un temps extrêmement court. Tout ce que l'avocat des appelants a cru pouvoir affirmer à ce sujet c'est qu'il ne s'agissait pas de fractions de seconde. Il est cependant évident, d'après ses propres allégations, qu'il ne peut s'agir que de quelques minutes tout au plus. A mon avis, cela démontre qu'il faut dire comme le premier juge qu'il s'agit ici de victimes qui sont décédées «presque instantanément», comme dans *Driver et al c. Coca-Cola*.

Nous ne sommes pas empêchés d'en venir à cette conclusion par le fait qu'à l'audition l'avocat de l'intimée, soutenant que les demandeurs n'alléguaient pas que les victimes avaient subi des blessures un temps appréciable avant de trouver la mort, a ajouté «si on l'avait fait, je n'aurais pas soulevé l'irrecevabilité mais j'aurais laissé au juge du fond le soin de statuer sur l'application de *Driver c. Coca-Cola*». A ce stade-ci, la question n'est pas de savoir quelle aurait été la ligne de conduite à tenir en l'occurrence. Il n'y a pas lieu non plus de se demander où il faut tirer la ligne de démarcation. Ici, il est clair qu'il ne s'agit pas d'un temps notable.

En étant venu à cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner le bien-fondé du motif retenu par la majorité en Cour d'appel.

Pour ces motifs, je conclus qu'il y a lieu de rejeter les deux pourvois avec dépens, ceux-ci

on the same basis as if there had been a single appeal, save in respect of disbursements.

Appeals dismissed with costs.

Solicitor for the plaintiffs, appellants: David Lack, Montreal.

Solicitors for the defendant, respondent: Boudreau, Giard & Gagnon, Montreal.

devant être taxés comme s'ils n'en formaient qu'un seul sauf à y faire entrer tous les déboursés.

Appels rejetés avec dépens.

Procureur des demandeurs, appelants: David Lack, Montréal.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Boudreau, Giard & Gagnon, Montréal.

Paul Dumesnil (*Defendant*) *Appellant*;

and

Dame Antoinette Sheehy (*Plaintiff*)
Respondent.

1974: March 25; 1974: June 28.

Present: Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and
de Grandpré JJ.

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

Motor vehicle—Accident—Negligence—Vehicles not in contact—Motorist stopping at intersection rather than stop sign—Negligence not established—Highway Victims Indemnity Act, R.S.Q. 1964, c. 232, s. 3—Highway Code, R.S.Q. 1964, c. 231, ss. 40, 45.

Jacques Prévost, the husband of respondent, died after overturning at the intersection of a highway and a secondary road in attempting to avoid a collision with the appellant's car. His car did not come into contact with that of appellant. The trial judge concluded that appellant had to rebut the presumption of s. 3 of the *Highway Victims Indemnity Act*, and found him solely responsible for this accident, because he should have stopped at the stop sign and not at the intersection itself, and because he was occupying more than half of the road. The Court of Appeal rejected these propositions of law but concluded that both drivers were jointly liable because they failed to keep to the right, with the result that they were obliged to swerve at the last minute to avoid a collision. Appellant seeks to establish that he committed no fault, and respondent to have the trial judgment reinstated.

Held: The appeal should be allowed.

Before s. 3 of the *Highway Victims Indemnity Act* can be relied on, the plaintiff must show that the effective cause of the damage was the automobile owned by the defendant. It follows that s. 3 does not operate in favour of the plaintiff since the proof of effective causation requires proof of all the circumstances. By placing a burden of proof on the defendant, appellant, the trial judge proceeded to analyse the facts on the basis of an erroneous principle.

The provisions to be applied here are those of s. 40 of the *Highway Code*. The stop sign affords a right of way to vehicles travelling on the main highway, not to those

Paul Dumesnil (*Défendeur*) *Appelant*;

et

Dame Antoinette Sheehy (*Demanderesse*)
Intimée.

1974: le 25 mars; 1974: le 28 juin.

Présents: Les juges Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

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

Automobile—Accident—Faute—Absence de contact entre les véhicules—Automobiliste arrêtant à l'intersection plutôt qu'au signal d'arrêt—Faute non prouvée—Loi de l'indemnisation des victimes d'accident d'automobile, S.R.Q. 1964, c. 232, art. 3—Code de la route du Québec, S.R.Q. 1964, c. 231, art. 40, 45.

Le mari de l'intimée, Jacques Prévost, est décédé après avoir capoté à l'intersection d'une route principale et d'une route secondaire en tentant d'éviter une collision avec la voiture de l'appelant. Sa voiture n'est pas entrée en contact avec celle de ce dernier. Le premier juge a conclu que l'appelant devait repousser la présomption de l'art. 3 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile* et l'a trouvé seul responsable de cet accident parce qu'il aurait dû arrêter au signal d'arrêt et non à l'intersection même et qu'il occupait plus que la moitié de la route. La Cour d'appel a rejeté ces propositions en droit mais a conclu à la faute conjointe des deux chauffeurs pour le motif qu'ils ont négligé de garder leur droite et se sont placés ainsi dans l'obligation de faire une manœuvre de dernier instant pour éviter une collision. L'appelant demande de faire reconnaître qu'il n'a commis aucune faute et l'intimé demande de faire rétablir le jugement de première instance.

Arrêt: L'appel doit être accueilli.

Avant de pouvoir invoquer l'art. 3 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, le demandeur doit prouver que la cause efficiente du dommage est l'automobile appartenant au défendeur. Il s'ensuit que l'art. 3 ne joue pas en faveur de la demande puisque la preuve de la causalité efficiente exige en fait la preuve de toutes les circonstances. En imposant un fardeau au défendeur, appelant, le juge de première instance a donc entrepris l'analyse des faits en s'appuyant sur un principe erroné.

Ici les dispositions de l'art. 40 du *Code de la Route* doivent être appliquées. Le signal d'arrêt confère une priorité de passage à ceux qui circulent sur la route

on the secondary road who encounter a car on that road. Reading ss. 40 and 45 of the *Highway Code* indicates that appellant's obligation was to stop, not at the stop sign itself, but before entering the intersection. Furthermore, whatever the obligation of appellant as to his stopping point, Jacques Prévost was not entitled to the entire width of the road, whether the encounter occurred at the stop sign or halfway between the latter and the intersection.

In the face of these errors of law and of fact by the trial judge, and in the absence of any opinion on the credibility of the testimony, it goes without saying that this Court is in the same position as the Court of Appeal. It should re-examine the record to determine whether the evidence as a whole suggests that appellant committed a fault giving rise to liability. It is therefore impossible to conclude that respondent has established by a preponderance of the evidence that the accident was caused through the fault of appellant.

Nadeau v. Gareau, [1967] S.C.R. 209, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, modifying a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Gilles Y. Renaud, for the defendant, appellant.

Paul Leduc, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Following a highway accident which resulted in the death of Jacques Prévost, on August 6, 1965, respondent claimed compensation from appellant on her own behalf and that of her minor children. The Superior Court found appellant solely responsible for the accident, and the Court of Appeal concluded that both drivers were jointly liable. Both parties are now seeking action by this Court, appellant to establish that he committed no fault and respondent to have the trial judgment reinstated.

It may be noted at once that the quantum of damages determined by the trial judge is accepted by both parties.

The car driven by the deceased Jacques Prévost did not come into contact with that of appellant.

nationale et non à ceux qui circulent sur la route secondaire et qui rencontrent une voiture sur la même route. De la lecture des art. 40 à 45, il découle que l'obligation de l'appelant était d'arrêter non pas au signal d'arrêt même mais avant d'entrer dans l'intersection. Par ailleurs quelle qu'ait été l'obligation de l'appelant quant à son point d'arrêt, Jacques Prévost n'avait pas droit à la totalité de la largeur de la route, que la rencontre se fasse au signal d'arrêt ou à moitié chemin entre celui-ci et l'intersection.

Devant les erreurs de droit et de faits commises par le juge de première instance et en l'absence d'une opinion sur la qualité morale des témoignages, cette Cour est dans la même situation qu'était la Cour d'appel. Elle doit reprendre l'étude du dossier pour déterminer si la preuve dans son ensemble révèle que l'appelant a commis une faute génératrice de responsabilité. Or il est impossible de conclure que l'intimée a établi par prépondérance de preuve que l'accident a été causé par la faute de l'appelant.

Arrêt mentionné: *Nadeau c. Gareau*, [1967] R.C.S. 209.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, modifiant un jugement de la Cour supérieure. Appel accueilli.

Gilles Y. Renaud, pour le défendeur, appellant.

Paul Leduc, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—A la suite d'un accident de la route dans lequel Jacques Prévost a trouvé la mort, le 6 août 1965, l'intimé, tant pour elle-même que pour ses enfants mineurs, a réclamé une indemnité de l'appelant. La Cour supérieure a trouvé l'appelant seul responsable de cet accident et la Cour d'appel a conclu à la faute conjointe des deux chauffeurs. Les deux parties nous demandent maintenant d'intervenir, l'appelant voulant faire reconnaître qu'il n'a commis aucune faute et l'intimée voulant voir rétablir le jugement de première instance.

Notons immédiatement que le quantum des dommages déterminé par le premier juge est accepté par les deux parties.

La voiture conduite par feu Jacques Prévost n'est pas entrée en contact avec celle de l'appelant.

Respondent argues, however, that her husband had to swerve to the right, and overturned at a point off the highway, due to the fault of appellant, who was coming in the opposite direction.

The meeting between the two cars took place on a secondary highway known as "Golf Road", about thirty feet south of highway 46, a short distance outside Ville-Marie. Before proceeding further the location should be described:

- (1) at the site of the encounter Golf Road is paved to a width of 17 feet;
- (2) this secondary road slopes down from highway 46, with a considerable difference in level, established at 28 feet for a distance of 217 feet;
- (3) the pavement on highway 46 is 22 feet wide;
- (4) the fork between highway 46 and Golf Road is of a particular shape which might be described as an incomplete Y;
- (5) a driver travelling from north to south along highway 46 moves along the trunk and left branch of the incomplete Y, the left branch making a long turn to the east;
- (6) if the driver travelling from north to south in this way wants to get onto Golf Road, he must take the right branch of the Y, which makes an eight-degree angle with the trunk;
- (7) at the intersection of highway 46 with Golf Road, that is at the point where the two branches of the Y meet, the pavement of highway 46 slopes from west to east, at an incline of about four in one hundred.

The deceased Jacques Prévost was travelling from north to south along highway 46, and wanted to turn onto Golf Road. As indicated by the description of the location, it was thus necessary for him to swerve to the right slightly, and begin a descent. At the same time appellant was travelling from south to north along Golf Road and, when the cars met, was preparing to stop, at the intersection itself and not at the signal situated 51 feet away from the junction of the two roads.

As noted by Gagnon J.A. in the Court of Appeal, we have only two eyewitnesses to aid us in

C'est la prétention de l'intimé toutefois que son mari a dû donner un coup de volant à droite et a capoté en dehors de la route à cause de la faute de l'appellant qui venait en sens inverse.

La rencontre entre les deux voitures a eu lieu sur une route secondaire appelée «chemin du golf» à une trentaine de pieds au sud de la route n° 46, un peu en dehors de Ville-Marie. Il importe immédiatement de décrire les lieux:

1. à l'endroit de la rencontre, le chemin du golf est pavé sur une largeur de 17 pieds;
2. ce chemin secondaire est en contrebas de la route n° 46, la dénivellation étant d'importance, ayant été établie à 28 pieds dans une longueur de 217 pieds;
3. le pavage de la route n° 46 a une largeur de 22 pieds;
4. cette bifurcation (route n° 46 et chemin du golf) a une forme très particulière que l'on peut décrire comme un Y imparfait;
5. l'automobiliste qui va du nord au sud sur la route n° 46 circule sur le tronc et sur la branche gauche de ce Y imparfait, branche gauche qui fait un long virage vers l'est;
6. si cet automobiliste procédant ainsi du nord au sud veut s'engager sur le chemin du golf, il doit emprunter la branche droite du Y, branche qui fait avec le tronc un angle de 8 degrés;
7. à l'intersection de la route n° 46 et du chemin du golf, c'est-à-dire au point de rencontre des deux branches du Y, le pavé de la route n° 46 est en pente d'ouest en est, cette pente ayant environ quatre pour cent.

Feu Jacques Prévost procédait du nord vers le sud sur la route n° 46 et voulait emprunter le chemin du golf. Comme l'indique la description des lieux, il lui fallait donc dévier légèrement vers la droite et s'engager dans une descente. Par ailleurs, l'appellant procédait du sud vers le nord sur le chemin du golf et, au moment de la rencontre, s'appêtait à faire son arrêt, à l'intersection même, et non au signal situé à 51 pieds du point d'intersection des deux routes.

Comme l'indique M. le juge Gagnon en Cour d'appel, deux seuls témoins oculaires peuvent nous

establishing the position of the cars in the moments preceding the accident: Alfred Prévost (father of the deceased) and appellant. Both stated that the other car was encroaching on the wrong side of the road. Before considering the effect of this testimony in light of all the evidence, we must examine whether the trial judge was correct in asserting that s. 3 of the *Highway Victims Indemnity Act* (c. 232) applies in the circumstances, and that appellant should be held responsible if the evidence does not show that the damage occurred without any fault on his part. That section, it will be recalled, states:

3. The owner of an automobile is responsible for all damage caused by such automobile or by the use thereof, unless he proves

(a) that the damage is not imputable to any fault on his part or on the part of a person in the automobile or of the driver thereof . . .

This section replaced s. 53 of the former *Motor Vehicles Act*, R.S.Q. 1941, c. 142, a section which the courts have consistently held did not create a presumption in cases such as the one at bar. In both Acts the provision refers to the "cause" of damage, and I would refer here to the opinion of Fauteux J., as he then was, delivering the Court's opinion on this point in *Nadeau v. Gareau*¹ at p. 218:

[TRANSLATION] A legislature is not presumed to have the intention of making fundamental changes in the law beyond what it has explicitly indicated, whether expressly or by necessary implication, or, in other words, beyond the immediate scope and object of the new law.

It is true that in that case the question was whether s. 3 of the *Highway Victims Indemnity Act* still allows a driver to plead the fault of his victim. The fact remains that the general interpretation to be given to this Act must take into account the principle stated in that case.

Moreover, analysis of the words used leads inevitably to the conclusion that before s. 3 of the *Highway Victims Indemnity Act* can be relied on the plaintiff must show that the effective cause of the damage was the automobile owned by the

¹ [1967] S.C.R. 209.

aider à établir la position des voitures dans les instants qui ont précédé l'accident: Alfred Prévost (le père du défunt) et l'appellant. Les deux affirment que l'autre automobile empiétait sur son côté gauche de la route. Avant d'étudier l'effet de ces témoignages à la lumière de l'ensemble de la preuve, il faut examiner si le juge de première instance a eu raison d'affirmer qu'en l'espèce l'art. 3 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile* (c. 232) trouve son application et que l'appellant doit être trouvé responsable si la preuve n'établit pas que le dommage est survenu sans sa faute. Rappelons le texte de cet article:

3. Le propriétaire d'une automobile est responsable de tout dommage causé par cette automobile ou par son usage, à moins qu'il ne prouve

a) que le dommage n'est imputable à aucune faute de sa part ou de la part d'une personne dans l'automobile ou du conducteur de celle-ci, . . .

Cet article a remplacé l'art. 53 de l'ancienne *Loi des véhicules automobiles*, S.R.Q. 1941, c. 142, article que les tribunaux avaient régulièrement interprété comme ne créant pas de présomption dans les cas comme le nôtre. Dans les deux Lois, le texte parle de «cause» de dommages et je rappellerai l'opinion de M. le juge Fauteux, tel qu'il était alors, parlant pour la Cour sur ce point dans l'affaire *Nadeau c. Gareau*¹, à la p. 218:

Une législature n'est pas présumée avoir l'intention d'apporter des modifications fondamentales à la loi au-delà de ce qu'elle déclare explicitement, soit en termes exprès ou nécessairement implicites ou, en d'autres mots, au-delà du cadre et de l'objet immédiats de la loi nouvelle.

Il est vrai que dans cet arrêt, la question était de savoir si l'art. 3 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile* permet encore à l'automobiliste de soulever la faute de la victime. Il reste que l'interprétation générale qu'il faut donner à cette loi doit tenir compte du principe exprimé dans cet arrêt.

D'ailleurs l'analyse des mots employés amène nécessairement à la conclusion qu'avant de pouvoir invoquer l'art. 3 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, le demandeur doit prouver que la cause efficiente du dommage

¹ [1967] R.C.S. 209.

defendant. So long as this has not been established the section does not apply. It follows that in all cases where damage is suffered in circumstances like those before the Court, s. 3 does not operate in favour of the plaintiff since the proof of effective causation requires proof of all the circumstances.

By placing a burden of proof on appellant as he did, therefore, the trial judge proceeded to analyse the facts on the basis of an erroneous principle. But that is not all.

It was admitted in argument that, in approaching the intersection, appellant did not stop at the stop sign situated 51 feet from the junction of the two roads. He explained that if he had stopped at the sign, he would not actually have been able to see traffic in both directions on highway 46. He therefore continued moving at a decreasing speed, and was preparing to stop at the intersection itself, when about thirty feet away from it he was met by the car of Jacques Prévost. The trial judge held that appellant was at fault for not stopping at the stop sign.

Gagnon J.A., in the Court of Appeal, rejected this finding:

[TRANSLATION] In my view, the provisions to be applied are those of subs. 14 and 15 of s. 40 of the *Highway Code*. The stop sign affords a right of way to vehicles travelling on the main highway, not to those on the secondary road who encounter a car on that road. Section 45 of the *Highway Code*, which requires drivers to obey traffic signals and the orders and signals of a peace officer, and imposes on every driver an obligation to come to a full stop at a stop sign, only affirms and clarifies the rule laid down in s. 40, at least so far as cases of this kind are concerned. Appellant was required to come to a full stop before entering highway 46, and was also required to yield the right of way to any traffic on that highway. Nor was he obliged to stop at the sign because the road was a foot narrower between the sign and the intersection, though he should have used extra caution. He was required to make one stop, not two. On the other hand, he could not have used a stop made 51 feet from the intersection as an argument for having fulfilled his obligations towards those having a right of way.

est l'automobile appartenant au défendeur. Tant et aussi longtemps que cette preuve n'a pas été apportée, cet article n'a aucune application. Il s'ensuit que dans tous les cas de dommages subis dans des circonstances semblables à celles qui nous sont soumises, l'art. 3 ne joue pas en faveur de la demande puisque la preuve de la causalité efficiente exige en fait la preuve de toutes les circonstances.

En imposant comme il l'a fait un fardeau à l'appellant, le juge de première instance a donc entrepris l'analyse des faits en s'appuyant sur un principe erroné. Mais il y a plus.

Il est admis au débat que l'appellant en approchant de l'intersection ne s'est pas arrêté vis-à-vis le signal d'arrêt situé à 51 pieds de la jonction des deux routes. Il explique qu'arrêté au signal même, il ne lui aurait pas été possible de voir vraiment la circulation dans les deux sens sur la route n° 46. Il a donc continué sa route à une vitesse décroissante et il s'apprêtait à arrêter à l'intersection même lorsqu'à une trentaine de pieds de celle-ci il a été croisé par la voiture de Jacques Prévost. Le juge de première instance fait reproche à l'appellant de ne pas s'être immobilisé au signal d'arrêt.

M. le juge Gagnon, en Cour d'appel, écarte ce reproche:

A mon avis, ce sont les dispositions des paragraphes 14 et 15 de l'article 40 du Code de la Route qui doivent être appliquées. Le signal d'arrêt confère une priorité de passage à ceux qui circulent sur la route nationale et non à ceux qui circulent sur la route secondaire et qui rencontrent une voiture sur la même route. L'article 45 du Code de la Route qui oblige une personne à obéir aux signaux de circulation, ainsi qu'aux ordres et signaux d'un agent de la paix et qui impose à tout conducteur l'obligation de faire un arrêt complet à tout signal d'arrêt ne fait, du moins dans les cas comme celui qui nous occupe que confirmer et préciser la règle posée par l'article 40. L'appellant devait faire un arrêt complet avant de s'engager sur la route 46 et il devait aussi céder le passage à tout véhicule y circulant. Ce n'est pas non plus parce que le chemin se rétrécissait d'un pied entre l'affiche d'arrêt et l'intersection qu'il était obligé d'arrêter au signal, même s'il devait redoubler de prudence. Il avait l'obligation de faire un arrêt et non deux. D'un autre côté, il n'aurait pu s'autoriser d'un arrêt fait à 51 pieds de l'intersection pour prétendre ensuite avoir rempli ses obligations à l'égard de ceux qui avaient un droit prioritaire.

I concur in that view. Reading ss. 40 and 45 of the *Highway Code* convinces me that appellant's obligation was to stop, not at the stop sign itself, but before entering the intersection.

After concluding that appellant had an obligation to come to a full stop at the stop sign, the trial judge pursued his analysis of the respective rights of the parties, and concluded that the deceased Jacques Prévost was entitled to make use of the entire width of the secondary highway, over the whole distance between highway 46 and the stop sign. He blamed appellant for having reduced this space by almost half by not stopping at the sign, and observed:

[TRANSLATION] Indeed, defendant actually proceeded at 25 or 30 m.p.h., passing the stop sign and reducing to a distance of 25 or 30 feet the narrow road where Mr. Prévost had to prepare to meet; instead of having a rectangle 17 by 50 feet, he had only an area of 17 by 30 feet, which is less than the length of two automobiles.

That proposition is clearly unacceptable. Whatever the obligation of appellant as to his stopping point, the deceased Jacques Prévost was not entitled to the entire width of the road, whether the encounter occurred at the stop sign or halfway between the latter and the intersection. This proposition put forward by the trial judge leads me to conclude that the accident could very probably have occurred just as easily if appellant had made his stop at the sign.

I now turn from the law to the facts. In its examination of the record the Court of Appeal, through Gagnon J.A., notes "manifest errors of the trial judge in his assessment of the evidence". I shall not reiterate the detailed study of those errors, but reference should be made to certain of them, as I feel the conclusion of the Court of Appeal on the point is unassailable.

(1) It was physically impossible for Jacques Prévost, in view of the nature of the accident site, to travel in a straight line, and his two passengers, namely his father Alfred and his uncle Emilio, were mistaken in asserting that he could;

Je partage cet avis. La lecture des art. 40 et 45 du *Code de la Route* me convainc que l'obligation de l'appelant était d'arrêter non pas au signal d'arrêt même mais avant d'entrer dans l'intersection.

Après avoir conclu que l'appelant avait l'obligation de s'immobiliser au signal d'arrêt, le juge de première instance continue son analyse des droits respectifs des parties pour conclure que feu Jacques Prévost avait le droit d'occuper la totalité de la largeur de la route secondaire sur toute la longueur entre la route n° 46 et le signal d'arrêt. Il reproche à l'appelant d'avoir réduit cet espace d'à peu près la moitié en n'arrêtant pas au signal. Voici comment il s'exprime:

En fait, le défendeur a vraiment continué à 25 ou 30 milles à l'heure, et dépassé le signal d'arrêt pour couper à 25 ou 30 pieds de longueur le chemin étroit où M. Prévost dût préparer la rencontre; au lieu d'avoir un rectangle de 17 x 50, il n'avait plus qu'une surface de 17 x 30 pieds, ce qui est moins long que deux automobiles.

Je ne puis évidemment accepter cette proposition. Quelle qu'ait été l'obligation de l'appelant quant à son point d'arrêt, feu Jacques Prévost n'avait pas droit à la totalité de la largeur de la route, que la rencontre se fasse au signal d'arrêt ou à moitié chemin entre celui-ci et l'intersection. Cette proposition du premier juge m'amène à la conclusion que très probablement l'accident se serait tout aussi bien produit si l'appelant avait fait son arrêt vis-à-vis le signal.

Je passe maintenant de la question de droit à la question de faits. Dans son étude du dossier, la Cour d'appel souligne par la voix de M. le juge Gagnon «des erreurs manifestes du premier juge dans son appréciation de la preuve». Je ne reprendrai pas l'étude détaillée de ces erreurs mais je crois nécessaire d'en souligner quelques unes, la conclusion de la Cour d'appel sur le point me semblant inattaquable.

1. Il était physiquement impossible pour Jacques Prévost, compte tenu de la situation des lieux, de circuler en ligne droite et ses deux passagers, savoir son père Alfred et son oncle Emilio sont dans l'erreur quand ils l'affirment;

(2) the route that the deceased Jacques Prévost had to take in order to enter Golf Road could not be a wide curve;

(3) the evidence does not indicate any change of direction by the Prévost automobile before its driver made a sharp swing to the right, which propelled Emilio Prévost, sitting in the middle of the front seat, against the driver, and which terminated off the side of the road, where the Prévost car came to a stop on its left side, its front facing north, about twelve feet west of Golf Road;

(4) "There is no proof that at the time the two cars met the Prévost car was on the shoulder".

In the face of these errors of law and of fact by the trial judge, and in the absence of any opinion on the credibility of the testimony, it goes without saying that this Court is in the same position as the Court of Appeal. It may and it should re-examine the record to determine whether the evidence as a whole suggests that appellant committed a fault giving rise to liability.

All that respondent alleges against appellant is that he did not keep to the right, and created a dangerous situation, thereby forcing her husband, who feared a collision, to swing the wheel to the right. This was the proposition accepted by the Court of Appeal, as indicated by Gagnon J.A.,

[TRANSLATION] There was only one occupant of each car who saw the other car a few moments before the encounter: Alfred Prévost and appellant. The former contended the latter was driving in the middle of the road. I see no reason to discount his testimony, especially as appellant admitted he might have been driving two feet from the eastern edge of the pavement until he swerved to the right at the last minute. That puts him quite near the centre, and it should be noted, as the trial judge pointed out, that his depositions reflect uncertainty and contain several contradictions as to his speed and certain distances.

2. La trajectoire que devait suivre feu Jacques Prévost pour s'engager dans le chemin du golf ne pouvait être une courbe longue;

3. Il n'est pas question dans la preuve de changement de direction de l'automobile Prévost avant que son chauffeur ne fasse une brusque manœuvre vers la droite, qui a projeté Emilio Prévost, assis au centre de la banquette avant, sur le chauffeur et qui s'est terminée en dehors de la route alors que la voiture Prévost s'est immobilisée sur son côté gauche, le devant vers le nord, à une douzaine de pieds à l'ouest du chemin du golf;

4. «Il n'y a aucune preuve qu'au moment de la rencontre des deux véhicules la voiture de Prévost touchait à l'accotement».

Devant ces erreurs de droit et de faits commises par le juge de première instance et en l'absence d'une opinion sur la qualité morale des témoignages, il va de soi que cette Cour est dans la même situation qu'était la Cour d'appel. Elle peut et elle doit reprendre l'étude du dossier pour déterminer si la preuve dans son ensemble révèle que l'appellant a commis une faute génératrice de responsabilité.

Tout ce que l'intimée reproche à l'appellant est de n'avoir pas gardé sa droite et d'avoir créé une situation de danger forçant ainsi son époux dans l'agonie de la collision à donner un coup de roue vers la droite. C'est cette proposition que la Cour d'appel a retenue dans les mots suivants de M. le juge Gagnon:

Il n'y a qu'un occupant dans chaque voiture qui a vu l'autre automobile quelques instants avant la rencontre: Aldred Prévost et l'appellant. Le premier affirme que le second circulait dans le milieu du chemin. Je ne vois aucune raison de mettre son témoignage de côté, d'autant plus que l'appellant a admis qu'il pouvait circuler à deux pieds de la limite est du pavé jusqu'à ce qu'il oblique à droite au dernier moment. Cela le place bien près du centre et il faut constater, avec le premier juge, que ses dépositions contiennent de l'incertitude et quelques contradictions sur sa vitesse et sur certaines distances.

On the other hand, appellant stated that Prévost was taking the curve on the wrong side, and this was not contradicted by either of the passengers in Prévost's car. Both of them maintained that their driver was proceeding in a straight line. Emilio Prévost stated that it was quite close to the intersection that he was pushed onto the driver by the latter's sudden swerve to the right. If the car had been on its own side when this sudden swerve took place, it would have gone into the ditch very close to the intersection. Appellant estimated Prévost's speed at a minimum of 40 m.p.h., while the Prévosts placed it at about 35 m.p.h. Such a speed at this location, on the wet surface, explains why Prévost had to swerve suddenly, and may have had something to do with the fact that he did not have better control of his car.

I therefore conclude that, in a location where visibility was reduced for each driver, and where the physical conformation, in particular the sharp incline and the narrowness of the pavement, called for great caution, both drivers failed to keep to the right, with the result that they were obliged to swerve at the last minute to avoid a head-on collision, and this twofold negligence was the cause of the accident. In my opinion the liability should be shared equally.

With respect, I cannot subscribe to that conclusion. It is true that the testimony of appellant contained uncertainty and some contradiction. However, nowhere does he admit anything suggesting he was not on his own side of the road. Indeed, as his car measured 6½ feet, and the space on his right before his swerve towards the shoulder was at most two feet, he thus took up a maximum of 8½ feet on a highway which was 17 feet wide. It must be recalled that at this point his speed was decreasing, as he had to stop a few feet further on.

Furthermore, the testimony of Alfred Prévost is subject to reservation. As Gagnon J.A. himself notes in another part of his reasons, he was certainly mistaken when he alleged that his son Jacques did not have to pull to the right to enter Golf Road. I am satisfied by the body of the evidence that at the time Alfred Prévost saw appellant's car, the car in which Prévost was riding was not on its own side of the road, but was trying to regain the right hand side while proceeding at 30-35 m.p.h. down a steep incline, after leaving a

D'autre part, l'appelant dit que Prévost prenait la courbe de son côté à lui et ceci n'est pas contredit par l'un ou l'autre des passagers Prévost. Tous deux prétendent que leur chauffeur avançait en ligne droite. Emilio Prévost précise que ce n'est que près de l'intersection qu'il a été projeté sur le chauffeur par la brusque manœuvre de ce dernier vers la droite. Si la voiture avait été à sa droite au moment de ce brusque coup de roue, elle aurait pris le fossé tout près de l'intersection. L'appelant évalue la vitesse de Prévost à un minimum de 40 milles à l'heure, tandis que les Prévost l'estiment à environ 35 milles à l'heure. Cette vitesse à cet endroit, sur la chaussée humide, explique pourquoi Prévost a dû donner un rapide coup de volant et elle n'est pas étrangère au fait qu'il n'ait pu mieux contrôler sa voiture.

J'en viens donc à la conclusion que les deux chauffeurs, à cet endroit où pour chacun la visibilité était réduite, où la conformation des lieux, en particulier la pente prononcée et l'étroitesse du pavé, exigeait beaucoup de prudence, ont tous deux négligé de garder leur droite, de sorte qu'ils se sont placés dans l'obligation de faire une manœuvre de dernier instant pour éviter une collision face à face et que cette double négligence a été la cause de l'accident. Je suis d'avis que la responsabilité doit être partagée également.

Avec déférence, je ne puis partager cette conclusion. Il est vrai que l'appelant a donné un témoignage qui contient de l'incertitude et quelques contradictions. Toutefois, nulle part admet-t-il le moindre fait qui permette de conclure qu'il n'était pas à sa droite. En effet, sa voiture ayant 6½ pieds et l'espace à sa droite avant sa déviation vers l'accotement étant d'au plus 2 pieds, il occupait donc au maximum 8½ pieds sur une route dont la largeur était de 17 pieds. Il faut se souvenir qu'à ce moment-là sa vitesse était décroissante puisqu'il devait s'arrêter quelques pieds plus loin.

Par ailleurs, le témoignage d'Alfred Prévost est sujet à caution. Comme le souligne M. le juge Gagnon lui-même dans une autre partie de ses notes, il était certainement dans l'erreur lorsqu'il a affirmé que son fils Jacques n'avait pas à incliner vers la droite pour s'engager dans le chemin du golf. L'ensemble de la preuve me satisfait qu'au moment où Alfred Prévost a vu la voiture de l'appelant, le premier occupait une voiture qui n'était pas à sa droite mais qui essayait d'y revenir alors qu'il procédait à 30, 35 milles à l'heure dans

main highway where the pavement sloped from west to east, which so far as the deceased Jacques Prévost was concerned was from right to left. In other words, Alfred Prévost was not really very well placed to determine the exact position of appellant's car at that moment.

Judging merely from the testimony of the only two witnesses, I do not see, and I say so with all due respect, how it can be concluded that respondent has established fault by appellant. On the basis of the only oral accounts, appellant's actions do not appear to have been at fault.

This conclusion is reinforced, if need be, by the braking and skid marks (to use the witness's own term) found by Officer Lortie within an hour after the accident. In his testimony Lortie stated, and re-affirmed, that from what he could see the marks were left by the car of the deceased Jacques Prévost. Though admitting that this was a "quite clever and logical" theory, the trial judge declined to admit that the marks were really made by the Prévost car. In reaching such a conclusion, the trial judge did not impugn the veracity of Lortie as a witness, but he gave seven reasons which he said convinced him that "Mr. Lortie's sketches and statements are incorrect and inaccurate".

This view was not shared by the Court of Appeal, though it did not lay any real stress on the point in the remarks of Gagnon J.A.:

[TRANSLATION] When Lortie arrived on the scene he saw a long continuous mark, which he followed from a point thirty feet from the south-west corner of the intersection, on the pavement and then on the shoulder, and into the ditch, to the spot where he found the Prévost car. There was another mark alongside the first, but it was not continuous. The lack of accuracy in his testimony related to such facts as the position of the stop sign, which he did not check himself.

The Court of Appeal raised a question as to the "evidentiary value of this mark". For my part, I see it as testimony far superior to that of the two eyewitnesses, and as a complete answer to all questions raised by the record. In view of this mark, the statement made by Alfred Prévost that

une descente abrupte, ayant quitté une route principale dont le pavage avait une inclinaison d'ouest en est, c'est-à-dire, quant à feu Jacques Prévost, de la droite vers la gauche. En d'autres termes, Alfred Prévost n'était pas vraiment en très bonne posture pour déterminer la position exacte de la voiture de l'appelant à ce moment-là.

Si l'on s'en tient à ces deux seuls témoignages, je ne vois pas, je le dis en toute déférence, comment l'on peut conclure que l'intimée a établi la faute de l'appelant. La conduite de celui-ci sur cette seule preuve orale ne me semble pas entachée de faute.

Cette opinion est rafferme, s'il en était besoin, par les traces de freinage et dérapage (pour employer l'expression même du témoin) relevées par l'agent Lortie dans l'heure qui a suivi l'accident. Dans son témoignage, Lortie a affirmé et réaffirmé qu'à ses yeux ces traces avaient été laissées par l'automobile de feu Jacques Prévost. Tout en reconnaissant qu'il s'agissait là d'une théorie «assez habile et logique», le juge de première instance a refusé d'admettre que vraiment il s'agissait là des traces Prévost. Pour en arriver à cette conclusion, le premier juge n'attaque pas la véracité de Lortie comme témoin mais il mentionne sept raisons qui le convainquent, dit-il, que «les croquis et les dires de M. Lortie sont erronés et non conformes à la réalité».

La Cour d'appel n'a pas partagé cette opinion bien qu'elle ne se soit pas exprimée vigoureusement sur le point par la voix de M. le juge Gagnon:

Lortie, à son arrivée sur les lieux a vu une longue trace continue qu'il a suivie à partir d'un point situé à trente pieds du coin sud-ouest de l'intersection sur le pavé, puis sur l'accotement et dans le fossé jusqu'à l'endroit où il a trouvé la voiture de Prévost. A côté de cette trace, il y en avait une seconde qui, elle n'était pas continue. Les imprécisions de son témoignage se rapportent à des faits tels que la position du signal d'arrêt qu'il n'avait pas contrôlée lui-même.

La Cour d'appel se pose des questions quant à «la valeur probante de cette trace». Quant à moi, j'y vois là un témoignage de beaucoup supérieur à ceux des deux témoins oculaires et la réponse exacte à toutes les questions que pose le dossier. Devant cette trace, l'affirmation faite par Alfred

appellant was in the middle of the road cannot be regarded as the determining cause of the accident. The mark established that eight feet south of the intersection the left wheels of the Prévost car occupied 13.5 feet of a pavement which was 17 feet wide. It is therefore impossible to conclude that respondent has established by a preponderance of the evidence that the accident was caused through the fault of appellant.

I would therefore allow the appeal and dismiss the action with costs in all Courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Page, Beauregard, Duchesne, Renaud & Desmarais, Montreal.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Bisailon, Leduc & Vallée, Montreal.

Prévost que l'appellant occupait le milieu de la route ne peut plus être retenue comme une cause déterminante de l'accident. Cette trace établit qu'à 8 pieds au sud de l'intersection les roues gauches de la voiture Prévost occupaient 13.5 pieds de ce pavage de 17 pieds. Il est donc impossible de conclure que l'intimée a établi par prépondérance de preuve que l'accident a été causé par la faute de l'appellant.

Je maintiendrais donc l'appel et je renverrais l'action avec dépens dans toutes les cours.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs du défendeur, appellant: Page, Beauregard, Duchesne, Renaud & Desmarais, Montréal.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Bisailon, Leduc & Vallée, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Douglas J. Bradshaw *Respondent*.

1975: February 24; 1975: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal Law—Interpretation—Availability of absolute or conditional discharge—Criminal Code, ss. 234, 662.1.

Respondent had been found guilty of having care and control of a motor vehicle while impaired contrary to s. 234 of the *Criminal Code*. Rather than assessing a penalty as provided in s. 234 the provincial court judge purported to exercise the jurisdiction given by s. 662.1 and granted a discharge to the accused conditional upon a probation order. The Crown successfully appealed by way of stated case, however the Court of Appeal subsequently held that a conditional discharge could be granted.

Held: The appeal should be allowed.

Section 234(a) of the *Criminal Code* prescribes an alternative penalty for which no minimum is set but this notwithstanding it also prescribes a minimum punishment *i.e.* a fine of fifty dollars. The offence in question is therefore an offence for which a minimum penalty is prescribed by law and it follows that the provisions of s. 662.1(1) do not apply.

R. v. Millen (1973), 13 C.C.C. (2d) 395; *R. v. Poulin* (1974), 16 C.C.C. (2d) 39; *R. v. MacNeill* (1974), 19 C.C.C. (2d) 247 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from an order of Donohue J. allowing an appeal by way of stated case. Appeal allowed, remitted to the Provincial Court Judge for the entry of a conviction and the imposition of a sentence.

R. M. McLeod, for the appellant.

B. A. Crane, for the respondent.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Douglas J. Bradshaw *Intimé*.

1975: le 24 février; 1975: le 26 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Droit criminel—Interprétation—Une libération inconditionnelle ou sous condition peut-elle être accordée?—Code criminel, art. 234 et 662.1.

L'intimé avait été déclaré coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur à un moment où ses facultés étaient affaiblies, contrairement à l'art. 234 du *Code criminel*. Plutôt que d'imposer une peine comme le prévoit l'art. 234, le juge de la Cour provinciale a prétendu exercer la compétence attribuée par l'art. 662.1 et a accordé au prévenu une libération soumise aux conditions d'une ordonnance de probation. Le ministère public a interjeté avec succès un appel par voie d'exposé de cause, mais la Cour d'appel a subsequmment décidé qu'une libération sous condition pouvait être accordée.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

L'alinéa a) de l'art. 234 du *Code criminel* prévoit peut-être une autre forme de peine pour laquelle aucun minimum n'est prescrit, mais il prévoit certainement une peine minimale, c.-à-d. une amende de cinquante dollars. Par conséquent, l'infraction en question est une pour laquelle la loi prescrit une peine minimale et il s'ensuit que les dispositions du par. (1) de l'art. 662.1 ne s'appliquent pas.

Arrêts mentionnés: *R. v. Millen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 395; *R. v. Poulin* (1974), 16 C.C.C. (2d) 39; *R. v. MacNeill* (1974), 19 C.C.C. (2d) 247.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance du juge Donohue accueillant un appel par voie d'exposé de cause. Pourvoi accueilli et affaire renvoyée au juge de la Cour provinciale afin que celui-ci consigne au dossier une déclaration de culpabilité et rende sentence.

R. M. McLeod, pour l'appelant.

B. A. Crane, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal by leave of this Court from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on May 23, 1974. In that judgment, the said Court of Appeal, by a majority, allowed an appeal from the judgment of Donohue J. pronounced on September 25, 1973. Provincial Court Judge Clendenning, on May 28, 1973, found the respondent guilty of the charge that:

on or about the 9th day of March, 1973 at the Town of Deseronto, in the County of Hastings while his ability to drive a motor vehicle was impaired by alcohol he did have the care and control of a motor vehicle contrary to Section 234 of the Criminal Code

but rather than assessing a penalty as provided in the said s. 234 of the *Criminal Code*, he purported to exercise the jurisdiction given by s. 662.1 and granted a discharge to the accused conditional upon a probation order. At the request of the Crown, the Provincial Court Judge stated a case in which the following questions were put:

1. Did I err in law in applying the provisions of Section 662.1 of the Criminal Code after first stating in open court on the record that a conviction would be entered?
2. Did I err in law in applying the provisions of Section 662.1 of the Criminal Code in proceedings under Section 234 of the Criminal Code?

Donohue J., in his order, allowed the appeal by way of a stated case holding that s. 234 of the *Criminal Code* did provide a minimum punishment for the first offence and that, therefore, the provisions of s. 662.1 (1) were not available. From that order, the respondent here appealed to the Court of Appeal and the majority of that Court composed of Dubin and Estey J.J.A. allowed the appeal and answered both of the questions in the stated case which I have recited above in the negative. Jessup J.A. dissented and would have dismissed the appeal.

The first question in the stated case was concerned simply with the result of the Provincial Court Judge having declared in open court that he

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un pourvoi, autorisé par cette Cour, à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 23 mai 1974. Dans un jugement majoritaire, cette dernière a accueilli un appel d'un jugement du juge Donohue rendu le 25 septembre 1973. Le 28 mai 1973, le juge Clendenning de la Cour provinciale avait déclaré l'intimé coupable sous l'accusation:

[TRADUCTION] d'avoir, le 9 mars 1973 ou vers cette date, dans la ville de Deseronto, du comté de Hastings, à un moment où sa capacité de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool, eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur contrairement à l'article 234 du Code criminel

mais plutôt que d'imposer une peine, comme le prévoit l'art. 234 du *Code criminel*, il a choisi d'exercer la compétence attribuée par l'art. 662.1 et d'accorder au prévenu une libération soumise aux conditions d'une ordonnance de probation. A la demande du ministère public, le juge de la Cour provinciale a formulé un exposé de cause où il a posé les questions suivantes:

- [TRADUCTION] 1. Ai-je commis une erreur en droit en appliquant les dispositions de l'article 662.1 du Code criminel après avoir d'abord mentionné en pleine audience, tel qu'il appert au dossier, que je déclarerais le prévenu coupable?
2. Ai-je commis une erreur en droit en appliquant les dispositions de l'article 662.1 du Code criminel dans des procédures intentées en vertu de l'article 234 du Code criminel?

Dans son jugement, le juge Donohue a accueilli l'appel par voie d'exposé de cause en statuant que l'art. 234 du *Code criminel* prévoyait une peine minimale pour une première infraction et que, par conséquent, les dispositions du par. (1) de l'art. 662.1 ne s'appliquaient pas. L'intimé en cette Cour a interjeté appel de ce jugement à la Cour d'appel dont la majorité, composée des juges d'appel Dubin et Estey, a accueilli l'appel et a répondu négativement aux deux questions formulées dans l'exposé de cause cité ci-dessus. Le juge d'appel Jessup était dissident et aurait rejeté l'appel.

La première question formulée dans l'exposé de cause ne concernait que la conséquence du fait que le juge de la Cour provinciale ait dit en pleine

would convict the accused and then upon hearing evidence determining that, rather than registering a conviction, he would grant the conditional discharge.

As Jessup J.A. pointed out in his reasons, counsel for the appellant in the Court of Appeal, here respondent, submitted that in announcing he was registering a conviction the Provincial Court Judge used that term merely in the sense of making a finding of guilt and counsel for the Crown did not attempt to answer that argument. The issue was not canvassed in this Court and I see no reason to disturb the negative answer to the first question given by the Court of Appeal for Ontario.

It will be seen, therefore, that the sole question remaining for determination is whether or not a trial court judge, coming to the conclusion that an accused person is guilty of the offence of driving a motor vehicle when his ability was impaired by alcohol contrary to the provisions of s. 234 of the *Criminal Code*, is free to refrain from entering a conviction and grant to the accused either an absolute or a conditional discharge as provided for in s. 662.1 (1) of the *Criminal Code*. These two sections read as follows:

234. Every one who, while his ability to drive a motor vehicle is impaired by alcohol or a drug, drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

- (a) for a first offence, to a fine of not more than five hundred dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for three months or to both;
- (b) for a second offence, to imprisonment for not more than three months and not less than fourteen days; and
- (c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than one year and not less than three months.

662.1 (1) Where an accused, other than a corporation, pleads guilty to or is found guilty of an offence,

audience qu'il déclarerait le prévenu coupable et qu'ensuite, après avoir entendu la preuve justifiant cette conclusion, plutôt que de prononcer un verdict de culpabilité, il ait accordé une libération sous condition.

Comme le juge d'appel Jessup l'a signalé dans ses motifs, l'avocat de l'appelant en Cour d'appel, l'intimé en cette Cour, a soumis qu'en se prononçant en faveur d'un verdict de culpabilité, le juge de la Cour provinciale a simplement voulu dire qu'il tirerait une conclusion quant à la culpabilité et l'avocat du ministère public n'a pas tenté de répondre à cet argument. La question n'a pas été débattue en cette Cour et je ne vois aucun motif pour modifier la réponse négative donnée à la première question par la Cour d'appel de l'Ontario.

Par conséquent, la seule question qui reste à décider est de savoir si un juge de première instance qui conclut qu'un prévenu est coupable de l'infraction de conduire un véhicule à moteur à un moment où sa capacité de conduire est affaiblie par l'effet de l'alcool contrairement aux dispositions de l'art. 234 du *Code criminel*, peut s'abstenir de le condamner et lui accorder une libération inconditionnelle ou sous condition selon les dispositions du par. (1) de l'art. 662.1 du *Code criminel*. Ces deux articles se lisent comme suit:

234. Quiconque, à un moment où sa capacité de conduire un véhicule à moteur est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, conduit un véhicule à moteur ou en a la garde ou le contrôle, que ce véhicule soit en mouvement ou non, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, et passible,

- a) pour une première infraction, d'une amende d'au plus cinq cents dollars et d'au moins cinquante dollars, ou d'un emprisonnement de trois mois, ou des deux peines à la fois;
- b) pour une deuxième infraction, d'un emprisonnement d'au plus trois mois et d'au moins quatorze jours; et
- c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement d'au plus un an et d'au moins trois mois.

662.1 (1) Lorsqu'un accusé autre qu'une corporation, plaide coupable ou est reconnu coupable d'une

other than an offence for which a minimum punishment is prescribed by law or an offence punishable, in the proceedings commenced against him, by imprisonment for fourteen years or for life or by death, the court before which he appears may, if it considers it to be in the best interests of the accused and not contrary to the public interest, instead of convicting the accused, by order direct that the accused be discharged absolutely or upon the conditions prescribed in a probation order.

That exact issue was considered not only in the judgment from which the appeal presently considered was taken but also by the Appellate Courts of three other provinces. In *R. v. Millen*¹, the Appellate Division of Nova Scotia, in a judgment pronounced on April 10, 1973, held that the provisions of s. 662.1(1) did not apply, and in *R. v. Poulin*², the Court of Appeal for Manitoba came to a similar conclusion citing *Millen*. In *R. v. MacNeill*³, the Appeal Division of New Brunswick, in a judgment pronounced on July 12, 1974, also came to a like conclusion after considering the judgment in the present appeal as given by the Court of Appeal for Ontario, and also *Millen* and *Poulin*. In each one of the four cases, the provincial Appellate Courts were concerned with the same problem.

Turning to the wording of s. 662.1(1), the procedure of a discharge without conviction is available only when the offence of which the accused has been found guilty is "other than an offence for which a minimum punishment is prescribed by law". Therefore, the problem is whether the provisions of s. 234, para. (a), of the *Criminal Code* providing for the penalty upon a first offence of impaired driving are provisions which do prescribe a minimum punishment.

The reasons of the learned justices in the Court of Appeal for Ontario are concerned with the weighing of the various possible penalties set out in the said s. 234(a). Jessup J.A. would have dismissed the appeal on the basis that the provision

infraction autre qu'une infraction pour laquelle la loi prescrit une peine minimale ou qui est punissable, à la suite des procédures entamées contre lui, d'un emprisonnement de quatorze ans, de l'emprisonnement à perpétuité ou de la peine de mort, la cour devant laquelle il comparait peut, si elle considère qu'une telle mesure est dans l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public, au lieu de condamner l'accusé, prescrire par ordonnance qu'il soit libéré inconditionnellement ou aux conditions prescrites dans une ordonnance de probation.

La même question a été examinée non seulement dans le jugement qui fait l'objet du présent pourvoi mais aussi par les cours d'appel de trois autres provinces. Dans l'arrêt *R. v. Millen*¹, la Division d'appel de la Nouvelle-Écosse, dans un jugement rendu le 10 avril 1973, a décidé que les dispositions du par. (1) de l'art. 662.1 ne s'appliquaient pas et dans l'arrêt *R. v. Poulin*², la Cour d'appel du Manitoba en est arrivée à une conclusion similaire en citant l'arrêt *Millen*. Dans l'arrêt *R. v. MacNeill*³, la Division d'appel du Nouveau-Brunswick, dans un jugement rendu le 12 juillet 1974, en est également arrivée à une conclusion semblable après avoir examiné le jugement en l'espèce tel que rendu par la Cour d'appel de l'Ontario et également les arrêts *Millen* et *Poulin*. Dans chacune de ces quatre affaires, les cours d'appel provinciales ont traité de la même question.

Passons au texte du par. (1) de l'art. 662.1. On peut recourir à la procédure de libération sans condamnation seulement lorsque l'infraction dont l'accusé a été reconnu coupable est «autre qu'une infraction pour laquelle la loi prescrit une peine minimale». Par conséquent, le problème est de savoir si les dispositions de l'al. a) de l'art. 234 du *Code criminel* prévoyant une sanction pour une première infraction de conduite pendant que la capacité de conduire est affaiblie, prescrivent une peine minimale.

Les savants juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont examiné la portée des diverses peines possibles énoncées dans cet al. a) de l'art. 234. Le juge d'appel Jessup aurait rejeté l'appel pour le motif que la disposition prévoyant une amende d'au

¹ (1973), 13 C.C.C. (2d) 395.

² (1974), 16 C.C.C. (2d) 39.

³ (1974), 19 C.C.C. (2d) 247.

¹ (1973), 13 C.C.C. (2d) 395.

² (1974), 16 C.C.C. (2d) 39.

³ (1974), 19 C.C.C. (2d) 247.

for a fine not less than fifty dollars was "a minimum punishment". as he believed that the Parliament had intended that "a fine is always minimal to imprisonment in the hierarchy of punishment provided in the Code". Dubin J.A., for the majority of the Court, relied on the provisions of s. 645, subs. (1) and (2), of the Code which read as follows:

645. (1) Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence.

(2) Where an enactment prescribes a punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence, but no punishment is a minimum punishment unless it is declared to be a minimum punishment.

He pointed out that the trial judge had a choice not only of degrees of punishment but of kinds of punishment and if the trial judge chose to adopt imprisonment as the kind of punishment which he should assess then s. 234 (a) of the Code provided no minimum for such imprisonment. Dubin J.A. concluded that s. 234 (a) did not prescribe a minimum sentence and the provisions of s. 662.1(1) were available.

I am of the opinion that it is not necessary to weigh the various penalties prescribed by s. 234 (a) of the Code or attempt to arrange them in a hierarchy or order.

I turn to consider the exact words of s. 662.1 (1), *i.e.*, "other than an offence for which a minimum punishment is prescribed by law". (The emphasis is my own.) Certainly s. 234 (a) does prescribe a minimum penalty, that is, a fine of fifty dollars. It might prescribe an alternative form of penalty and fail to prescribe a minimum for that other kind but it has none the less prescribed a minimum penalty.

Dubin J.A., in his reasons for judgment, carefully reviewed the history of the enactment of the

moins cinquante dollars constituait «une peine minimale», car il croyait que le Parlement avait voulu que [TRADUCTION] «une amende soit toujours minimale en regard de l'emprisonnement dans la hiérarchie des peines prévues dans le Code». Le juge d'appel Dubin, au nom de la majorité de la Cour, s'est fondé sur les dispositions des par. (1) et (2) de l'art. 645 du Code qui se lisent comme suit:

645. (1) Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion de la cour qui condamne l'auteur de l'infraction.

(2) Lorsqu'une disposition prescrit une peine à l'égard d'une infraction, la peine à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion de la Cour qui condamne l'auteur de l'infraction, mais nulle peine n'est une peine minimum à moins qu'elle ne soit déclarée telle.

Il a signalé que le juge de première instance pouvait choisir non seulement le degré de peine mais aussi le genre et que si le juge de première instance adoptait l'emprisonnement comme le genre de peine qu'il voulait infliger, alors l'al. a) de l'art. 234 du Code ne prévoit pas de période d'emprisonnement minimale. Le juge d'appel Dubin a conclu que l'al. a) de l'art. 234 ne prescrit pas de sanction minimale et qu'on pouvait recourir aux dispositions du par. (1) de l'art. 662.1.

A mon avis, il n'y a pas lieu d'étudier l'importance des différentes peines prévues à l'al. a) de l'art. 234 du Code ou de tenter de les classer selon un ordre hiérarchique quelconque.

J'examine maintenant le texte même du par. (1) de l'art. 662.1, c'-à-d., «autre qu'une infraction pour laquelle la loi prescrit *une* peine minimale». (L'italique est de moi.) Il est certain que l'al. a) de l'art. 234 prescrit une peine minimale qui est une amende de cinquante dollars. Il pourrait prescrire une autre forme de peine sans prescrire un minimum pour cet autre genre de peine mais le fait demeure qu'il a prescrit une peine minimale.

Dans ses motifs de jugement, le juge d'appel Dubin a minutieusement fait l'historique de

provisions for conditional discharge and also for suspension and came to the conclusion that when the exact same phrase, *i.e.*, "other than an offence for which a minimum punishment is prescribed by law", was inserted in s. 663 dealing with suspension of sentence at the time when such provisions as to suspension were to permit suspensions to be granted to other than first offenders, it would not be proper to imply that Parliament had, at the same time, removed the right to grant suspension to those who had been found guilty of impaired driving for the first time. He said that since the words in s. 663 as to suspension of sentence were exactly the same words as in s. 662.1 (1), it should not be considered that Parliament had not intended to permit a discharge of those found guilty for the first time of impaired driving. With all respect, I am of the opinion that these sections do not permit a court to come to this conclusion. It might well be that when Parliament extended the provisions as to suspension of sentence to those who had had more than one previous conviction and granted the additional right to find guilt and give a discharge, it also concluded these ameliorating provisions should not apply to first convictions for impaired driving.

We were informed by counsel for the Crown that the wording of s. 234(a) is found only in that section and the accompanying sections dealing with alcohol-related driving offences and such offences have been for some years the very serious concern of Parliament. I think also there is very considerable weight to the submission made by counsel for the Crown that a discharge either absolute or conditional in form after a person has been found guilty of a first offence of impaired driving might permit that person to avoid the compulsory terms of imprisonment set out in paras. (b) and (c) of s. 234 when convicted of

l'adoption des dispositions relatives à la libération sous condition ainsi que celles relatives à la sentence suspendue et il en est venu à la conclusion que lorsque les mêmes mots, *c.-à-d.*, «autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimum est prescrite par la loi» ont été incorporés à l'art. 663 traitant des sentences suspendues au moment où de telles dispositions devaient permettre à d'autres que des délinquants primaires de bénéficier de la sentence suspendue, il ne serait pas logique de déduire que le Parlement a, en même temps, retiré le droit d'accorder des sentences suspendues à ceux qui étaient reconnus coupables pour la première fois de conduite pendant que leur capacité de conduire était affaiblie. Il a dit que puisque le texte de l'art. 663 au sujet des sentences suspendues était exactement le même que celui du par. (1) de l'art. 662.1, il ne fallait pas considérer que le Parlement n'avait pas voulu permettre la libération des personnes déclarées coupables pour la première fois de conduite avec capacité affaiblie. Bien respectueusement, je suis d'avis que ces articles ne permettent pas à un tribunal d'en venir à cette conclusion. Il se pourrait très bien que lorsque le Parlement a étendu les dispositions relatives aux sentences suspendues à ceux qui avaient déjà été condamnés plus d'une fois et accordé le droit additionnel de reconnaître quelqu'un coupable et de lui donner une libération, il ait également conclu que ces dispositions plus avantageuses ne devraient pas s'appliquer à ceux qui étaient reconnus coupables d'une première infraction pour conduite pendant que leur capacité est affaiblie.

L'avocat du ministère public nous a signalé que le texte de l'al. a) de l'art. 234 ne se trouve pas ailleurs que dans cet article et les articles voisins qui traitent des infractions relatives à la conduite d'un véhicule et la consommation d'alcool et que ces infractions préoccupent sérieusement le Parlement depuis quelques années. Je crois également qu'il faut accorder beaucoup d'importance à la prétention de l'avocat du ministère public qu'une libération soit inconditionnelle ou sous condition après qu'une personne a été déclarée coupable d'une première infraction de conduite d'un véhicule à moteur pendant que sa capacité est affaiblie pourrait permettre à cette personne d'éviter la peine obligatoire d'emprisonnement énoncée aux

subsequent like offences.

Section 592, subs. (1) and (2) of the *Criminal Code* provide:

592. (1) Where an accused is convicted of an offence for which a greater punishment may be imposed by reason of previous convictions, no greater punishment shall be imposed upon him by reason thereof unless the prosecutor satisfies the court that the accused, before making his plea, was notified that a greater punishment would be sought by reason thereof.

(2) Where an accused is convicted of an offence for which a greater punishment may be imposed by reason of previous convictions, the court shall, upon application by the prosecutor and upon being satisfied that the accused was notified in accordance with subsection (1), ask the accused whether he was previously convicted and, if he does not admit that he was previously convicted, evidence of previous convictions may be adduced.

To comply with those sections, the Crown would have to give notice and cite a previous conviction. If the penalty assessed upon the accused being found guilty on the first occasion was a discharge then the Crown could not cite a conviction. It is possible that the Crown could submit a request that the compulsory jail term be imposed by not giving the notice required by s. 692 but merely by proving the finding of guilt and the granting of a discharge which occurred on the first occasion, but that result would entail the accused upon a second or subsequent occasion being given the compulsory jail term without having been served with a notice of the Crown's intention to apply for such a sentence. It would not seem to be a sound interpretation of the provisions of the Code to permit such a procedure.

For these reasons, I would allow the appeal and direct that the matter be remitted to the Provincial Court Judge for the entry of a conviction and the imposition of a sentence.

al. b) et c) de l'art. 234 si elle était subséquemment déclarée coupable d'infractions de même nature.

Les par. (1) et (2) de l'art. 592 du *Code criminel* prévoient:

592. (1) Lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'une infraction pour laquelle une plus forte peine peut être infligée du fait de condamnations antérieures, aucune plus forte peine ne peut lui être infligée de ce fait à moins que le poursuivant ne convainque la cour que l'accusé, avant de plaider, a reçu avis qu'une plus forte peine sera réclamée de ce fait.

(2) Lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'une infraction pour laquelle une plus forte peine peut être infligée en raison de condamnations antérieures, la cour doit, à la demande du poursuivant et lorsqu'elle est convaincue que l'accusé a reçu l'avis prévu au paragraphe (1), demander à l'accusé s'il a été condamné antérieurement, et s'il n'admet pas avoir été condamné antérieurement, une preuve de condamnations antérieures peut être apportée.

Pour se conformer à ces articles, le ministère public doit donner un avis et mentionner une condamnation antérieure. Si la peine imposée à l'accusé reconnu coupable lors d'une première infraction a été une libération alors le ministère public ne pourrait pas mentionner qu'il y a eu condamnation antérieure. Il est possible que le ministère public puisse présenter une demande pour que la peine obligatoire d'emprisonnement soit imposée sans donner l'avis requis par l'art. 692 mais simplement en établissant que la première fois on avait reconnu la culpabilité et accordé une libération, mais cela entraînerait, à la seconde ou subséquente occasion, la peine obligatoire d'emprisonnement pour l'accusé sans qu'il ait reçu un avis du ministère public que ce dernier réclamerait une telle peine. En procédant ainsi, il ne semble pas qu'on interpréterait correctement les dispositions du Code.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée au juge de la Cour provinciale afin que celui-ci consigne au dossier une déclaration de culpabilité et qu'il impose une peine.

Appeal allowed, remitted to the Provincial Court Judge for the entry of a conviction and the imposition of a sentence.

Solicitor for the appellant: R. M. McLeod, Toronto.

Solicitor for the respondent: Kay Cartwright, Kingston.

Appel accueilli, affaire renvoyée au juge de la Cour provinciale afin que celui-ci consigne au dossier une déclaration de culpabilité et rende sentence.

Procureur de l'appelante: R. M. McLeod, Toronto.

Procureur de l'intimé: Kay Cartwright, Kingston.

The Attorney General of Canada and William Barber Rees (*Defendants*) *Appellants*;

and

Flora Canard (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

The National Indian Brotherhood and The Manitoba Indian Brotherhood *Intervenants*.

1974: March 7, 8; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law—Indians—Appointment by Minister of official as administrator of estate—Legislation and Regulations relating to estates of deceased Indians—Validity—No conflict with Bill of Rights—Meaning of “ordinarily reside on a reserve”—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 4(3), 42, 43—Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b)—British North America Act, 1867, s. 91(24).

Courts—Jurisdiction of Supreme Court of Canada—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 47—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

The respondent's husband, C, an Indian of the Fort Alexander Indian Reserve in Manitoba, was killed in a traffic accident on July 6, 1969. He died intestate. C and his wife had made their home on the reserve since 1964. In 1967 and 1968, C was employed for several weeks each summer on a farm at St. Andrews, Manitoba, and on those occasions he and his family would move to the farm, complete the work that was to be done, and then move back to the reserve. In 1969, C was again employed on the same farm, but had moved his family to the farm and commenced his employment only two days before his death. His wife then moved back to their home on the reserve.

On December 1, 1969, the second appellant, R, a departmental officer, was appointed to be administrator of C's estate by the Minister of Indian Affairs and Northern Development pursuant to ss. 42 and 43 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (now R.S.C. 1970, c. I-6). In that capacity, on March 1, 1970, he commenced an action in the Manitoba Court of Queen's Bench,

Le procureur général du Canada et William Barber Rees (*Défendeurs*) *Appellants*;

et

Flora Canard (*Demanderesse*) *Intimée*;

et

La fraternité nationale des indiens et la fraternité des indiens du Manitoba *Intervenants*.

1974: les 7 et 8 mars; 1975: le 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon et Beetz.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel—Indiens—Fonctionnaire nommé administrateur d'une succession par le Ministre—Lois et règlements concernant les successions d'Indiens décédés—Validité—Aucun conflit avec la Déclaration des droits de l'homme—Sens des mots «réside ordinairement dans une réserve»—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 4(3), 42 et 43—Déclaration canadienne des droits de l'homme, S.R.C. 1970, App. III, art. 1 b)—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(24).

Tribunaux—Compétence de la Cour suprême du Canada—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 47—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10.

L'intimée est la veuve de C, un Indien de la réserve indienne du Fort Alexander (Manitoba), qui a été tué dans un accident de la circulation le 6 juillet 1969. Il est mort intestat. C et son épouse ont commencé à résider dans la réserve en 1964. Pendant les étés 1967 et 1968, C a travaillé plusieurs semaines comme garçon de ferme à St-Andrews (Manitoba). La famille C allait alors s'installer à la ferme, effectuait le travail et retournait ensuite à la réserve. En 1969, C fut de nouveau embauché aux mêmes fins, mais il est décédé à peine deux jours après que sa famille se fut installée à la ferme et qu'il eut commencé à travailler. Son épouse est alors retournée vivre dans leur maison de la réserve.

Le 1^{er} décembre 1969, le second appellant, R, un fonctionnaire ministériel, a été nommé administrateur de la succession de C par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien conformément aux art. 42 et 43 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149 (maintenant S.R.C. 1970, c. I-6). A ce titre, il a, le 1^{er} mars 1970, intenté en Cour du Banc de la Reine du

claiming damages from three defendants in respect of the accident resulting in the death of C.

On March 18, 1970, pursuant to an application made by the respondent, letters of administration were issued to her by the Surrogate Court of the Eastern Judicial District of Manitoba. The Minister of Indian Affairs and Northern Development had not given to that Court his consent to the exercise of testamentary jurisdiction under s. 44 of the *Indian Act* in relation to the estate of C. In her capacity as administratrix of the estate of her late husband, the respondent also commenced an action in the Court of Queen's Bench on July 6, 1970, against the same three defendants and against a fourth one.

The respondent then commenced an action against the appellants, claiming a judgment declaring that the *Indian Act* did not apply to the deceased because of exempting provisions under s. 4(3) of the Act, or, alternatively, if the Act did apply, its provisions relating to administration of estates of Indians (ss. 42, 43, 44) were *ultra vires* and contrary to the principles of the *Canadian Bill of Rights*; the appointment of R as administrator was contrary to the principles of natural justice. By way of counterclaim the appellants claimed (a) a declaratory judgment declaring R to be the lawful administrator of C's estate; (b) a declaratory judgment declaring the appointment of the respondent as administratrix to be void; (c) an injunction restraining the respondent from acting as administratrix; (d) an order impounding her letters of administration.

The trial judge held that when C died, he was not ordinarily resident on a reserve, and, as a result, the respondent was entitled to a declaration that pursuant to s. 4(3) of the *Indian Act*, ss. 42 to 44 did not govern the administration of C's estate and that the appointment of R as administrator was invalid. He issued a declaration accordingly and dismissed the counterclaim.

The Court of Appeal found, on the evidence, that C did ordinarily reside on a reserve, and so the application of s. 43 was not excluded by the operation of s. 4(3). The Court went on to hold that s. 43 was inoperative to the extent that, in violation of s. 1(b) the *Bill of Rights*, guaranteeing the right to equality before the law without discrimination by reason of race, it denied the respondent administration of the estate of her late husband. From that judgment the appellants appealed to this Court.

Manitoba une action en dommages-intérêts contre trois défendeurs relativement à l'accident qui a causé la mort de C.

Le 18 mars 1970, l'intimée a demandé et obtenu l'émission de lettres d'administration de la cour de vérification du district judiciaire de l'est du Manitoba. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien n'avait pas consenti, suivant l'art. 44 de la *Loi sur les Indiens*, à ce que la cour de vérification exerce, relativement à la succession de C, sa juridiction en matière testamentaire. A titre d'administratrice de la succession de feu son mari, l'intimée a aussi intenté une action en Cour du Banc de la Reine, le 6 juillet 1970, contre les trois mêmes défendeurs et contre un quatrième.

L'intimée a alors intenté une action contre les appellants dans laquelle elle a demandé qu'il soit déclaré que la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas à C à cause des dispositions d'exception prévues au par. (3) de l'art. 4 de la Loi ou, subsidiairement, que si la Loi s'applique, ses dispositions traitant de l'administration de la succession des Indiens (art. 42, 43 et 44) sont *ultra vires* et contraires aux principes de la *Déclaration canadienne des droits* et que la nomination de R comme administrateur est contraire aux principes de la justice naturelle. Par demande reconventionnelle, les appelants ont demandé a) un jugement déclarant R l'administrateur légal de la succession de C; b) un jugement déclarant sans effet la nomination de l'intimée comme administrateur; c) une injonction empêchant la demanderesse d'agir à titre d'administratrice; d) une ordonnance enjoignant la confiscation des lettres d'administration de l'intimée.

Le juge de première instance a décidé qu'à l'époque de son décès, C ne résidait pas ordinairement dans une réserve et que, par conséquent, l'intimée avait droit à ce qu'en conformité du par. (3) de l'art. 4 de la *Loi sur les Indiens*, les art. 42 à 44 de cette loi soient déclarés inapplicables à l'administration de la succession de C et que la nomination de R comme administrateur soit déclarée invalide. Le juge a donc émis une déclaration en ce sens et rejeté la demande reconventionnelle.

La Cour d'appel a jugé, en se fondant sur la preuve présentée, que C résidait ordinairement dans une réserve, si bien que l'art. 43 ne devient pas inapplicable par l'effet du par. (3) de l'art. 4. La Cour a ensuite décidé que l'art. 43 est inopérant dans la mesure où, en violation de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration des droits* garantissant le droit à l'égalité devant la loi sans discrimination en raison de la race, il ne permet pas à l'intimée d'administrer la succession de son mari décédé. Les appelants ont interjeté appel de cet arrêt devant cette Cour.

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be allowed, the judgments of the Courts below set aside, the respondent's action dismissed and the appellants' counterclaim maintained except para. (a) thereof on which no view was expressed.

Per curiam: As held by the Court of Appeal, C at his death was ordinarily resident on a reserve and therefore s. 4(3) of the *Indian Act* did not apply.

Per Martland and Judson JJ.: Section 43 of the *Indian Act* is legislation relating to the administration of the estates of deceased Indians and (unless the Minister otherwise orders, which he did not do in this case) relates only to those Indians ordinarily resident on reserves. It enables the Minister to appoint administrators of estates of deceased Indians and to remove them. The regulations enacted pursuant to s. 42 enable the Minister to appoint an officer of the Indian Affairs Branch to be the administrator of estates and to supervise the administration of estates. There is no discrimination against the respondent by reason of race in these provisions. They relate exclusively to the administration of the estates of deceased Indians, in certain circumstances, and apply generally to such estates. There is no federal legislation relating to the administration of estates of non-Indians in the provinces, and, constitutionally, such legislation could not be enacted. This is not a case in which federal legislation dealing with a subject-matter within s. 91 of the *B.N.A. Act, 1867* has permitted certain acts or conduct by non-Indians and prohibited Indians from doing the same thing. The provisions of the *Indian Act*, including s. 43, deal only with the legal rights of Indians.

Per Martland, Judson and Ritchie JJ.: The civil right, *i.e.*, the right to administer the estate of her husband, said to be denied to the respondent "that other Canadians not of her race enjoy", is a provincial right which is beyond the scope of the legislative authority of the Parliament of Canada, and which cannot therefore be invoked in contra-distinction to the provisions of otherwise valid federal legislation so as to result in a denial to the respondent of "equality before the law" within the meaning of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. In the context of this case there can only be a conflict between the *Bill of Rights* and the *Indian Act* if the *Indian Act*, standing alone or read in conjunction with other federal legislation, can be said to result in a denial to Indians of the equality before the law guaranteed by s. 1(b) of the *Bill*.

Arrêt (Le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli, les jugements des cours d'instance inférieure infirmés, l'action de l'intimée rejetée et la demande reconventionnelle des appelants maintenue, sauf l'al. a) de celle-ci, sur lequel aucun point de vue n'est exprimé.

La Cour: Comme l'avait décidé la Cour d'appel, C résidait ordinairement dans une réserve à l'époque de son décès de sorte que le par. (3) de l'art. 4 de la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas.

Les juges Martland et Judson: L'article 43 de la *Loi sur les Indiens* est une disposition relative à l'administration des successions des Indiens et (à moins que le Ministre n'en ordonne autrement, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce) s'applique seulement aux Indiens résidant ordinairement dans des réserves. Il permet au Ministre de nommer des administrateurs de successions d'Indiens décédés et de les révoquer. Les règlements édictés en vertu de l'art. 42 donnent au Ministre le pouvoir de nommer un fonctionnaire de la Division des affaires indiennes pour administrer les successions et pour surveiller leur administration. Il n'y a pas dans ces dispositions de matières discriminatoires à l'encontre de l'intimée en raison de sa race. Elles concernent exclusivement l'administration des successions des Indiens décédés, en certaines circonstances, et s'appliquent généralement à ces successions. Il n'y a pas de loi fédérale ayant trait à l'administration des successions des non-Indiens dans les provinces, et, du point de vue constitutionnel, une telle loi ne pourrait être adoptée. Il ne s'agit pas d'un cas où une loi fédérale qui traite d'un sujet inclus dans l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* permet à des non-Indiens d'agir d'une façon qu'elle interdit aux Indiens. Les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, y compris l'art. 43, traitent seulement des droits légaux des Indiens.

Les juges Martland, Judson et Ritchie: Le droit civil dont l'intimée serait privée, c.-à-d. le droit d'administrer la succession de son époux, droit «dont jouissent les autres Canadiens qui ne sont pas de sa race», est un droit provincial qui n'est pas de la compétence législative du Parlement du Canada et qui ne peut donc pas être invoqué par opposition à une disposition d'une loi fédérale autrement valide de façon à nier à l'intimée «l'égalité devant la loi» au sens de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans le présent contexte, il ne peut exister de conflit entre la *Déclaration des droits* et la *Loi sur les Indiens* que si celle-ci, considérée seule ou interprétée conjointement avec d'autres lois fédérales, peut être réputée avoir pour effet de dénier aux Indiens l'égalité devant la loi garantie par l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration*.

Per Martland, Judson, Ritchie and Pigeon JJ.: The very object of s. 91(24) of the *B.N.A. Act, 1867* in so far as it relates to Indians, is to enable the Parliament of Canada to make legislation applicable only to Indians as such, and there is no reason why provisions with respect to the administration of the estate of deceased Indians would be excluded from the scope of such authority.

The contention that such provisions were made inoperative by the *Canadian Bill of Rights* cannot be accepted. If one of the effects of the Bill is to render inoperative all legal provisions whereby Indians as such are not dealt with in the same way as the general public, the conclusion is inescapable that Parliament, by the enactment of the Bill, has not only fundamentally altered the status of Indians in that indirect fashion but has also made any future use of federal legislative authority over them subject to the requirement of expressly declaring every time "that the law shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*". It is very difficult to believe that Parliament so intended when enacting the Bill. Also, the provisions of the *Indian Act* vesting in the Minister jurisdiction for the appointment of administrators, cannot be considered as an infringement of the principle of equality before the law for much the same reasons as provisions creating a special jurisdiction respecting juvenile delinquents and authorizing discretionary transfers to the ordinary courts cannot be looked upon as violations of that same rule.

Lastly, concerning the attack against the Minister's order based on absence of notice and of any valid reason for not appointing the widow as administratrix, the Courts of Manitoba were without jurisdiction to entertain it for the reasons given by Beetz J.

Per Beetz J.: Sections 42 to 44 of the *Indian Act* are not *ultra vires* of the Parliament of Canada. Testamentary matters and causes with respect to deceased Indians come within the class of subjects of "Indians and Lands reserved for the Indians" upon which Parliament has exclusive legislative authority under s.91(24) of the *British North America Act, 1867*. In a matter of exclusive federal competence, such as "Indians and Lands reserved for the Indians" there is nothing unconstitutional in Parliament excluding the authority of provincial courts over this subject and bestowing it upon a Minister, particularly if it makes it subject to a form of judicial control as is provided by s. 47 of the *Indian Act*.

Les juges Martland, Judson, Ritchie et Pigeon: Ce que vise l'art. 91(24) de l'*A.A.N.B. de 1867* quant aux Indiens, c'est à habiliter le Parlement du Canada à faire des lois qui ne s'appliquent qu'aux Indiens comme tels, et il n'y a aucune raison d'exclure du champ de cette compétence des dispositions relatives à l'administration des successions des Indiens décédés.

La prétention que ces dispositions ont été rendues inopérantes par la *Déclaration canadienne des droits* ne peut être acceptée. Si l'un des effets de la Déclaration est de rendre inopérantes toutes les dispositions en vertu desquelles les Indiens en tant que tels ne sont pas traités de la même façon que le grand public, on doit inévitablement conclure que le Parlement, en édictant la Déclaration, n'a pas seulement modifié fondamentalement le statut des Indiens par ce procédé indirect, mais aussi qu'il a assujéti l'exercice futur de l'autorité législative fédérale sur les Indiens à l'exigence d'une déclaration expresse «que la loi s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*». On peut difficilement croire que telle était l'intention du Parlement lorsqu'il a édicté la *Déclaration*. De plus, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui attribuent au Ministre le pouvoir de nommer les administrateurs ne peuvent être considérées comme une atteinte au principe de l'égalité devant la loi, et ce, pour les mêmes raisons que les dispositions qui établissent une juridiction spéciale pour les jeunes délinquants et autorisent un renvoi discrétionnaire aux tribunaux ordinaires ne peuvent être considérées comme des violations de cette même règle.

Enfin, en ce qui concerne l'attaque contre l'ordonnance du Ministre fondée sur le défaut d'avis et de raisons valables de ne pas nommer la veuve administratrice, les tribunaux du Manitoba n'avaient pas juridiction à cet égard, et ce, pour les motifs formulés par le juge Beetz.

Le juge Beetz: Les articles 42 à 44 de la *Loi sur les Indiens* ne sont pas *ultra vires* du Parlement du Canada. Les affaires testamentaires et les matières relatives aux Indiens décédés relèvent de la catégorie de sujets «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens» sur laquelle le Parlement jouit d'une compétence législative exclusive aux termes du par. (24) de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*. Dans une matière de compétence exclusivement fédérale telle «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens», il n'y a rien d'inconstitutionnel dans le fait que le Parlement retire aux tribunaux provinciaux leur juridiction sur ce sujet et la confère à un ministre, particulièrement s'il la subordonne à une forme de surveillance judiciaire comme l'art. 47 de la *Loi sur les Indiens* le prévoit.

Nor are ss. 42 to 44 in conflict with the *Canadian Bill of Rights*. There is nothing in ss. 42 and 43 which prevents the Minister, on account of the respondent's race, from authorizing her to administer the estate of her late husband, and nothing which deprives the respondent from the capacity to receive such authorization. The Act empowers the Minister to appoint anyone, including the respondent. In other words, if the respondent has been the victim of racial discrimination, such discrimination was administrative in nature; it does not flow from the *Indian Act*. The *Indian Act* in this respect is capable of being construed and applied so as to provide for Indians a treatment similar to that reserved for their fellow Canadians. Accordingly, it is not in conflict with the *Canadian Bill of Rights* and no part of it ought to be declared inoperative for the purpose of this case.

As to whether, in this particular instance, the Act had been applied in accordance with the principle of equality before the law, the opinion might have been formed that the burden of showing cause why the respondent should not be appointed administratrix was a burden which rested upon the appellants: in view of their failure to discharge that burden, the appointment of R could then have been deemed to have been made contrary to the principles of fundamental justice and to the *Canadian Bill of Rights* and the matter could have been referred back to the Minister for determination. However, once it is conceded that the Minister has jurisdiction to appoint an administrator, the exercise of this jurisdiction can only be reviewed in accordance with the *Indian Act* and the *Federal Court Act* and not by the Courts of Manitoba, which could not hear an appeal from the Minister's decision or otherwise review it. This Court, sitting in appeal from a decision of the Manitoba Court of Appeal, is limited to giving the judgment that that Court could and should have given but not the one that could and should have been given had the issue been raised in the Federal Court.

As to the letters of administration issued to the respondent, their nullity makes no doubt. The Court which issued them was without jurisdiction to do so as this jurisdiction is vested exclusively in the Minister by ss. 42 and 43 of the *Indian Act* and could not, under s. 44, be exercised by the Surrogate Court without the consent of the Minister. This consent was not given.

Per Laskin C.J. and Spence J., *dissenting*: On the face of the *Indian Act* as amplified by the Regulations thereunder, and certainly as fortified by the invariable practice of the Department of Indian Affairs, Indians are disqualified from obtaining letters of administration

Les articles 42 à 44 ne vont pas non plus à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits*. Il n'y a rien dans les art. 42 et 43 qui empêche le Ministre d'autoriser l'intimée, en raison de sa race, à administrer la succession de feu son mari, et il n'y a rien qui restreint la capacité de l'intimée d'être ainsi autorisée. La Loi donne au Ministre le pouvoir de nommer n'importe qui, y compris l'intimée. En d'autres mots, si l'intimée a été victime de discrimination raciale, cette discrimination est de nature administrative, elle n'est pas inhérente à la *Loi sur les Indiens*. Cette loi peut à cet égard s'interpréter et s'appliquer de manière que les Indiens soient traités de la même façon que leurs concitoyens canadiens. Par conséquent, elle ne va pas à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits* et aucune partie de la Loi ne doit être déclarée inopérante aux fins de cette affaire.

Quant à savoir si, en l'espèce, la Loi a été appliquée en conformité du principe de l'égalité devant la loi, on aurait pu être porté à croire qu'il incombait aux appelants de prouver pourquoi l'intimée ne devait pas être nommée administratrice: étant donné qu'ils ne l'ont pas fait, la nomination de R aurait pu alors être tenue pour contraire aux principes de justice fondamentale et à la *Déclaration canadienne des droits* et la question aurait pu être renvoyée au Ministre pour décision. Cependant, une fois admis que le Ministre est compétent pour nommer un administrateur, l'exercice de cette compétence ne peut être examiné que conformément à la *Loi sur les Indiens* et à la *Loi sur la Cour fédérale* et non par les tribunaux du Manitoba, qui ne pouvaient pas entendre un appel à l'encontre d'une décision du Ministre ni la réviser de quelque façon. La juridiction de cette Cour, qui entend un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, se limite à prononcer l'arrêt que cette dernière aurait pu ou aurait dû prononcer, mais non pas l'arrêt qui aurait pu ou aurait dû être rendu si la question avait été soumise à la Cour fédérale.

Quant aux lettres d'administration accordées à l'intimée, il n'y a pas de doute qu'elles sont invalides. Le tribunal qui les a émises n'avait pas juridiction pour le faire puisque la juridiction en cette matière est dévolue exclusivement au Ministre par les art. 42 et 43 de la *Loi sur les Indiens* et ne pouvait, en vertu de l'art. 44, être exercée par ce tribunal sans le consentement du Ministre. Ce consentement n'a pas été donné.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, *dissidents*: A sa lecture, la *Loi sur les Indiens*, amplifiée par ses règlements et certainement renforcée par la pratique invariable du ministère des Affaires indiennes, rend les Indiens incapables d'obtenir des lettres d'administration

of the estate of an Indian intestate, even in the case where the intestate is a spouse, and *a fortiori* where the intestate may have a lesser relationship to a would-be Indian applicant. This creates an inequality before the law by reason of race in violation of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

While it is much easier for the Courts to apply the *Bill of Rights* to a federal legislative measure if Parliament itself provides the touchstone of comparison in other federal legislation, it may equally provide it by what it has done and failed to do in the very measure that is under challenge. The Court's function in such a case is different only in degree but not in kind.

The mere grant of legislative power is not to be regarded as itself authorizing Parliament to offend against its generally stated protections in the *Bill of Rights*. If Parliament deems it necessary to treat its grant of legislative power under s. 91(24) of the *British North America Act* in terms that would be offensive to the *Bill of Rights*, it is open to Parliament to do so, but s. 91(24) is not an invitation to the Courts to do what Parliament has not chosen to do.

The appeal should be dismissed but the judgment of the Court of Appeal should be varied by avoiding any declaration that s. 43 of the *Indian Act* is inoperative and by declaring instead that s. 43 must be applied consistently with s. 1 (b) of the *Canadian Bill of Rights* and that s. 11 of the *Indian Estates Regulations* is inoperative in so far as it excludes Indians from eligibility to be administrators of the estates of deceased Indians.

[*R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, discussed; *R. v. Burnshine*, [1975] S.C.R. 693; *Re Regina and M* (1973), 2 O.R. (2d) 86; *R. v. Smythe*, [1971] S.C.R. 680, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, dismissing an appeal from a judgment of Matas J. Appeal allowed, Laskin C.J. and Spence J. dissenting.

I. G. Whitehall and *D. F. Friesen*, for the defendants, appellants.

W. Rachman, for the plaintiff, respondent.

D. E. Sanders, for the intervenants.

¹ [1972] 5 W.W.R. 678, 30 D.L.R. (3d) 9.

de la succession d'un Indien décédé intestat, même dans le cas où le *de cuius* intestat est un conjoint, et *a fortiori* lorsque le *de cuius* intestat peut avoir un lien de parenté plus éloigné avec l'Indien qui en ferait la demande. Cela crée une inégalité devant la loi en raison de la race et contrevient donc à l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*.

Il est naturellement plus facile pour les tribunaux d'appliquer la *Déclaration des droits* à une mesure législative fédérale si le Parlement lui-même fournit le critère de comparaison dans d'autres lois fédérales, mais le Parlement peut également fournir ce critère par ce qu'il a fait ou a omis de faire dans la mesure même qui est contestée. La différence du rôle de la cour en pareil cas en est une de degré et non pas de nature.

La simple attribution d'un pouvoir législatif ne constitue pas en elle-même une autorisation pour le Parlement d'aller à l'encontre des mesures de sauvegarde qu'il a énoncées de façon générale dans la *Déclaration des droits*. Si le Parlement juge nécessaire de traiter son pouvoir de légiférer en vertu de l'art. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* d'une façon qui irait à l'encontre de la *Déclaration des droits*, il est libre de le faire mais l'art. 91(24) ne constitue pas une invitation aux tribunaux de faire ce que le Parlement n'a pas voulu faire lui-même.

Il y a lieu de rejeter l'appel et de modifier le jugement de la Cour d'appel en omettant toute déclaration que l'art. 43 de la *Loi sur les Indiens* est inopérant et en statuant plutôt que l'art. 43 doit s'appliquer en conformité avec l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* et que l'art. 11 des *Règlements sur les successions des Indiens* est inopérant dans la mesure où il prononce l'incapacité des Indiens à être nommés administrateurs des successions d'Indiens décédés.

[Arrêts discutés: *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; arrêts mentionnés: *R. c. Burnshine*, [1975] R.C.S. 693; *Re Regina and M* (1973), 2 O.R. (2d) 86; *R. c. Smythe*, [1971] R.C.S. 680.]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Matas. Pourvoi accueilli, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents.

I. G. Whitehall et *D. F. Friesen*, pour les défendeurs, appellants.

W. Rachman, pour la demanderesse, intimée.

D. E. Sanders, pour les intervenants.

¹ [1972] 5 W.W.R. 678, 30 D.L.R. (3d) 9.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—I have had the advantage of reading the reasons prepared by my brother Beetz and the concurring reasons of my brother Pigeon, holding that the Manitoba Courts were wrong in concluding that s. 43 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, now R.S.C. 1970, c. I-6, was inoperative in the present case because of incompatibility with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. I accept the narrative of facts in the reasons of Beetz J. but I cannot accept his conclusion that s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* is without effect.

There are a number of preliminary points that are, in my opinion, easily put out of the way. I have no difficulty in accepting the conclusion of the Manitoba Court of Appeal that the deceased Canard was an Indian ordinarily resident on a reserve when he died in a traffic accident. Thus, under s. 4(3) of the *Indian Act*, the provisions of that Act respecting testamentary matters were applicable to him. Again, I am in entire agreement with the Manitoba Court of Appeal that Parliament, in legislating in the exercise of its exclusive power under s. 91(24) of the *British North America Act*, may include in such legislation testamentary provisions which would, according to their reach, govern the issue of letters of administration of the estate of an Indian intestate. Moreover, I see no constitutional infirmity in the assignment of jurisdiction in such matters to a federal functionary. Any constitutional limitation which might arguably reside in s. 96 of the *British North America Act* if provincial legislation was involved does not apply to the otherwise valid legislation of Parliament.

The only point for serious consideration in this appeal is whether any of the prescriptions of the *Canadian Bill of Rights* are offended by certain provisions of the *Indian Act* or by the administration of those provisions through regulations pro-

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue M. le juge Beetz et les motifs concordants de mon collègue M. le juge Pigeon qui ont décidé que les tribunaux du Manitoba avaient erronément conclu que l'art. 43 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149, maintenant S.R.C. 1970, c.I-6 était inopérant en l'espèce en raison de son incompatibilité avec l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. Je suis d'accord avec le récit des événements fait par M. le juge Beetz dans ses motifs mais je ne puis accepter sa conclusion que l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* est sans effet.

A mon avis, on peut facilement éliminer plusieurs points préliminaires. Je ne vois aucune difficulté à accepter la conclusion de la Cour d'appel du Manitoba que le défunt Canard était un Indien résidant ordinairement dans une réserve lorsqu'il est mort dans un accident de la route. Ainsi, en vertu du par. (3) de l'art. 4 de la *Loi sur les Indiens*, il était assujéti aux dispositions de cette Loi à l'égard des matières testamentaires. Je suis aussi complètement d'accord avec la Cour d'appel du Manitoba que le Parlement, en légiférant dans l'exercice de son pouvoir exclusif en vertu de l'art. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, peut incorporer dans ses textes législatifs des dispositions testamentaires qui selon leur portée régiraient la question des lettres d'administration de la succession de l'Indien mort intestat. De plus, je ne vois pas d'anomalie constitutionnelle dans le fait de conférer la juridiction en semblables matières à un fonctionnaire fédéral. La seule restriction constitutionnelle dont pourrait faire l'objet l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* s'il s'agissait d'une loi provinciale, ne s'applique pas à une loi du Parlement par ailleurs valide.

La seule question à examiner sérieusement en l'espèce est de savoir si certaines des prescriptions de la *Déclaration canadienne des droits* sont violées par certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* ou par l'administration de ces dispositions

mulgated under the *Indian Act*. The Manitoba Court of Appeal took the position that s. 43 of the *Indian Act* disqualified an Indian, whether male or female, from being an administrator or administratrix of his or her deceased spouse's estate and that this created an inequality before the law by reason of race in violation of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. Dickson J.A., as he then was, speaking for the Manitoba Court of Appeal, formulated his conclusion as follows:

In the present case we have a situation in which the Parliament of Canada has said in effect "because you are an Indian you shall not administer the estate of your late husband". Parliament has thereby in a law of Canada placed a legal road-block in the way of one particular racial group, placing that racial group in a position of inequality before the law. The inequality does not arise through conflict between a federal statute with a provincial statute. It arises through conflict between the *Bill of Rights* and a federal statute. The *Bill of Rights* has capacity to render inoperative, racially discriminatory legislation, whether or not there be provincial legislation touching the subject-matter.

The right of Mrs. Canard to equality before the law of Canada does not depend upon which province she happens to live in. She enjoys that right as a citizen of Canada. If a law of Canada infringes that right on racial grounds, the *Bill of Rights* is available to remedy the injustice.

There is no doubt that this statement of principle carries the operation of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* beyond the law as considered in *Regina v. Drybones*², and beyond the law as expounded even in the minority judgment in *Attorney General of Canada v. Lavell*³. In each of those two cases, this Court took the position that the *Canadian Bill of Rights* would have an operative effect if the conflict with any of its provisions arose under federal law in the sense that there was a discordance either between two federal statutes or between provisions of the same federal statute such as to exhibit that one of the statutes or one of the provisions was vis-à-vis the other in conflict with a prescription of the *Canadian Bill of Rights*.

² [1970] S.C.R. 282.

³ [1974] S.C.R. 1349.

conformément aux règlements établis en vertu de la *Loi sur les Indiens*. La Cour d'appel du Manitoba a été d'avis que l'art. 43 de la *Loi sur les Indiens* empêchait un Indien, qu'il soit de sexe masculin ou féminin, d'administrer la succession de son conjoint décédé et que cela créait une inégalité devant la loi en raison de la race et violait l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge Dickson, alors juge d'appel, parlant au nom de la Cour d'appel du Manitoba, a conclu en s'exprimant comme suit:

[TRADUCTION] En l'espèce, nous sommes dans une situation où le Parlement du Canada a de fait déclaré «parce que vous êtes une Indienne vous ne pouvez pas administrer la succession de votre mari décédé». Le Parlement a ainsi érigé dans une loi du Canada un barrage légal entravant un groupe racial particulier et le plaçant dans une position d'inégalité devant la loi. L'inégalité ne résulte pas d'un conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale. Elle résulte d'un conflit entre la *Déclaration des droits* et une loi fédérale. La *Déclaration des droits* peut rendre inopérante une loi discriminatoire en raison de la race, qu'il y ait ou non des lois provinciales sur le sujet.

Le droit de M^{me} Canard à l'égalité devant la loi du Canada ne dépend pas de la province où elle demeure. Elle jouit de ce droit à titre de citoyenne du Canada. Si une loi du Canada enfreint ce droit pour des motifs raciaux, la *Déclaration des droits* peut servir à corriger l'injustice.

Il n'y a pas de doute que cet énoncé de principe entraîne l'application de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* au-delà de la loi telle que considérée dans *Regina c. Drybones*², et au-delà de la loi telle qu'énoncée même dans le jugement minoritaire dans *Procureur général du Canada c. Lavell*³. Dans chacun de ces deux arrêts, cette Cour a adopté la position que la *Déclaration canadienne des droits* s'appliquerait si le conflit avec quelques-unes de ses dispositions avait son origine dans les lois fédérales dans le sens d'une discordance soit entre deux lois fédérales, soit entre des dispositions d'une même loi fédérale de façon que l'une des lois ou l'une des dispositions soit vis-à-vis l'autre en conflit avec une prescrip-

² [1970] R.C.S. 282.

³ [1974] R.C.S. 1349.

The effect of the judgment of Dickson J.A. is to measure the operation of a federal statute, or any provision thereof, by the guarantees (if I may so term them) of the *Canadian Bill of Rights* alone, and thus to treat those guarantees as requiring not only comparative conformity to their terms but conformity by a challenged statute alone.

I do not find this to be other than a proper appreciation of what the *Canadian Bill of Rights* says. This Court in *Curr v. The Queen*⁴ explored the issues in that case under the same appreciation. The fact that the Court has not hitherto found it necessary to give effect to the *Canadian Bill of Rights* in relation to a particular statute measured in its own terms against the prescriptions of s. 1 (b) of the *Canadian Bill of Rights* is not a ground for refusing to do so in a case which calls for consideration of such an issue. This is what the Supreme Court of the United States has been doing over the years in testing state and federal legislation under the American Bill of Rights. This Court has done exactly this in relation to other provisions of the *Canadian Bill of Rights*, as, for example, in *Brownridge v. The Queen*⁵, in relation to s. 2(c) (ii) (the right of a person who has been arrested or detained to retain and instruct counsel without delay), and in *Lowry and Lepper v. The Queen*⁶, in relation to s. 2(e) (the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of rights and obligations), a provision which, as Martland J. speaking for the Court rightly said (at p. 201), relates back to those rights guaranteed by s.1. The proposition advanced by Dickson J. A. is with due recognition of the fact that the Parliament of Canada may take any of its legislation out of the scope of the *Canadian Bill of Rights* by appropriate enactment.

tion de la *Déclaration canadienne des droits*. La conséquence du jugement du juge d'appel Dickson est d'apprécier l'application d'une loi fédérale, ou de toute disposition de cette loi, en se fondant sur les garanties (si je peux les appeler ainsi) de la *Déclaration canadienne des droits* seule, et d'ainsi traiter ces garanties comme exigeant non seulement une relative conformité à leurs termes entre les différentes lois mais aussi la conformité de la part d'une loi contestée prise isolément.

A mon avis, cela n'est rien d'autre qu'une juste appréciation de ce qui est énoncé dans la *Déclaration canadienne des droits*. Dans l'arrêt *Curr c. La Reine*⁴, cette Cour a examiné les questions en litige en cette affaire-là sous le même angle. Le fait que la Cour n'a pas jusqu'ici trouvé nécessaire d'appliquer la *Déclaration canadienne des droits* à l'égard d'une loi particulière dont les dispositions sont appréciées au regard des prescriptions de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas un motif pour refuser de l'appliquer dans une affaire qui demande l'examen d'une telle question. C'est ce que la Cour suprême des États-Unis a fait au cours des années en jugeant la validité des lois des États et du gouvernement fédéral par rapport à la Déclaration américaine des droits. C'est exactement ce que cette Cour a fait à l'égard d'autres dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, comme, par exemple, dans *Brownridge c. La Reine*⁵, à l'égard du sous-al. (ii) de l'al. c) de l'art. (2) (le droit d'une personne arrêtée ou détenue de retenir et de constituer un avocat sans délai) et dans *Lowry and Lepper c. La Reine*⁶, à l'égard de l'al. e) de l'art. (2) (le droit d'une personne à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations), une disposition qui, comme le dit, à juste titre (à la p. 201) le juge Martland parlant au nom de la Cour, se rattache aux droits garantis par l'art. 1. La proposition énoncée par le juge d'appel Dickson tient parfaitement compte du fait que le Parlement du Canada peut soustraire n'importe laquelle de ses lois du champ de la *Déclaration canadienne des droits* en légiférant de façon appropriée.

⁴ [1972] S.C.R. 889.

⁵ [1972] S.C.R. 926.

⁶ [1974] S.C.R. 195.

⁴ [1972] R.C.S. 889.

⁵ [1972] R.C.S. 926.

⁶ [1974] R.C.S. 195.

What is involved in this approach, patent on the face of the *Canadian Bill of Rights*, is the premise of our legal system that no legal permission is needed to do anything or act in any manner not prohibited by law, whether statute law or common law. Hence, if a federal enactment were to operate prohibitively against a specified class of persons by reason, for example, of colour or religion, saying nothing about other classes, the question of its operability under the *Canadian Bill of Rights* would arise notwithstanding that there was no federal legislation expressly sanctioning for those other classes what was prohibited for a specified class. In short, the question would be whether, having regard to the purpose of the statute, it had accorded equality before the law (to take s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* as illustrative) to the affected class. It is easy to give examples; for instance, a provision in federal railway legislation prohibiting Indians alone from travelling in first class accommodation; or a provision in federal communications legislation prohibiting members of Jehovah's Witnesses from participating in religious programmes on radio or television; or a provision in federal banking legislation prohibiting persons of Asian descent from being bank directors. None of these illustrations are intended pejoratively, but they do raise the issue that arises here, namely, that it appears to be forbidden to Indians to become administrators of estates of Indian intestates, where no other class is singled out for disqualification.

It is said, however, that because questions of administration of estates are, generally, in the provincial domain, a consideration of the disqualification of Indians under the *Indian Act* would mean testing the operation of the *Canadian Bill of Rights* by reference to provincial legislation and that this is outside the scope of the *Canadian Bill of Rights* which applies only to federal law. In my opinion, this is to obtrude an irrelevant factor into the matter at issue. If provincial legislation respecting the administration of estates exhibited

Ce qui ressort de ce point de vue, de façon évidente à la lecture même de la *Déclaration canadienne des droits*, est le fondement de notre système juridique selon lequel aucune autorisation légale n'est requise pour faire quelque chose non interdit ou agir d'une façon non interdite par la loi, qu'elle soit statutaire ou coutumière. Par conséquent, si une loi fédérale devait créer une interdiction à une catégorie particulière de personnes en raison, par exemple, de leur couleur ou religion, pour ne pas parler des autres catégories, la question de son applicabilité en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* serait soulevée même s'il n'existe pas de loi fédérale permettant explicitement aux autres catégories ce qui est interdit à une catégorie particulière. En résumé, la question serait de savoir, considérant le but visé par la loi, si elle a accordé l'égalité devant la loi (en prenant comme exemple l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*) à la catégorie visée. Les exemples sont nombreux; ainsi, une disposition d'une loi fédérale sur les chemins de fer qui interdirait aux Indiens seulement de voyager en première classe; ou une disposition dans une loi fédérale sur les communications qui interdirait aux témoins de Jéhovah de participer à des émissions religieuses à la radio ou la télévision; ou une disposition dans une loi fédérale sur les banques qui interdirait aux personnes d'origine asiatique d'être administrateurs de banque. Aucun de ces exemples ne se veut péjoratif, mais ils soulèvent la question qui se pose en l'espèce, à savoir qu'il semble défendu aux Indiens de devenir administrateurs des successions d'Indiens morts intestat, alors que l'incapacité ne vise aucune autre catégorie désignée.

On dit toutefois que vu que les questions d'administration des successions sont, règle générale, de compétence provinciale, un examen de l'incapacité des Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens* équivaldrait à juger l'application de la *Déclaration canadienne des droits* par rapport à une loi provinciale et que cela est hors de la portée de la *Déclaration canadienne des droits* qui s'applique seulement aux lois fédérales. A mon avis, c'est là introduire dans la question en litige un facteur non pertinent. Si une loi provinciale ayant pour objet

any conflict with the prescriptions of the *Canadian Bill of Rights*, that would be obviously no ground for challenging its operability as provincial legislation. Correlatively, I see no reason to refer to provincial legislation to test the operability of federal legislation under the *Canadian Bill of Rights*. The question whether any of the prescriptions of the *Canadian Bill of Rights* are offended by federal legislation depends on what that legislation provides and on the reach of the *Canadian Bill of Rights* itself.

It is thus not a telling factor for me that the respondent Mrs. Canard was appointed administratrix of her late husband's estate by letters of administration issued out of a Surrogate Court in Manitoba. The relevance of this is in its relation to the issue whether Mrs. Canard as an Indian was disqualified under the *Indian Act* and applicable regulations from being appointed administratrix by the authorized federal functionaries charged with the execution of the *Indian Act* and regulations thereunder. Sections 42 to 44 of the *Indian Act* must now be considered, and they read as follows:

42. (1) Unless otherwise provided in this Act, all jurisdiction and authority in relation to matters and causes testamentary, with respect to deceased Indians, is vested exclusively in the Minister, and shall be exercised subject to and in accordance with regulations of the Governor in Council.

(2) The Governor in Council may make regulations for providing that a deceased Indian who at the time of his death was in possession of land in a reserve shall, in such circumstances and for such purposes as the regulations prescribe, be deemed to have been at the time of his death lawfully in possession of that land.

(3) Regulations made under this section may be made applicable to estates of Indians who died before, on or after the 4th day of September, 1951.

43. Without restricting the generality of section 42, the Minister may

(a) appoint executors of wills and administrators of estates of deceased Indians, remove them and appoint others in their stead;

l'administration des successions présentait quelque conflit avec les prescriptions de la *Déclaration canadienne des droits*, cela ne constituerait évidemment pas un motif pour contester son application en tant que loi provinciale. Corrélativement, je ne vois pas pourquoi on se référerait à la loi provinciale pour apprécier l'applicabilité de la loi fédérale sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*. La question de savoir si la loi fédérale viole certaines prescriptions de la *Déclaration canadienne des droits* dépend du contenu de la loi et du champ d'application de la *Déclaration canadienne des droits* elle-même.

Ainsi, j'accorde peu d'importance à la nomination de l'intimée M^{me} Canard comme administratrice de la succession de son mari décédé par des lettres d'administration émises par un tribunal des testaments et successions au Manitoba. Sa pertinence est reliée à la question de savoir si M^{me} Canard, en tant qu'Indienne, n'était pas habilitée en vertu de la *Loi sur les Indiens* et des règlements applicables à être nommée administratrice par les fonctionnaires fédéraux chargés de l'application de la *Loi sur les Indiens* et de ses règlements. Les articles 42 à 44 doivent être maintenant examinés et ils se lisent comme suit:

42. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi, les juridiction et autorité sur les matières et causes testamentaires relatives à des Indiens décédés sont dévolues au Ministre exclusivement et doivent être exercées sous réserve et en conformité de règlements établis par le gouverneur en conseil.

(2) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements stipulant qu'un Indien décédé qui, au moment de son décès, était en possession de terres dans une réserve, sera réputé, en telles circonstances et à telles fins que prescrivent les règlements, avoir été légalement en possession desdites terres au moment de son décès.

(3) Les règlements prévus par le présent article peuvent être rendus applicables aux successions des Indiens morts avant ou après le 4 septembre 1951 ou à cette date.

43. Sans restreindre la généralité de l'article 42, le Ministre peut

a) nommer des exécuteurs de testaments et des administrateurs de successions d'Indiens décédés, révoquer ces exécuteurs et administrateurs et les remplacer;

- (b) authorize executors to carry out the terms of the wills of deceased Indians;
- (c) authorize administrators to administer the property of Indians who die intestate;
- (d) carry out the terms of wills of deceased Indians and administer the property of Indians who die intestate; and
- (e) make or give any order, direction or finding that in his opinion it is necessary or desirable to make or give with respect to any matter referred to in section 42.

44. (1) The court that would have jurisdiction if the deceased were not an Indian may, with the consent of the Minister, exercise, in accordance with this Act, the jurisdiction and authority conferred upon the Minister by this Act in relation to testamentary matters and causes and any other powers, jurisdiction and authority ordinarily vested in that court.

(2) The Minister may direct in any particular case that an application for the grant of probate of the will or letters of administration shall be made to the court that would have jurisdiction if the deceased were not an Indian, and the Minister may refer to such court any question arising out of any will or the administration of any estate.

(3) A court that is exercising any jurisdiction or authority under this section shall not without the consent in writing of the Minister enforce any order relating to real property on a reserve.

Since no consent of the Minister has been given under s. 44(1) and no direction under s. 44(2), it is unnecessary to consider that section for the purposes of this case; it is simply not applicable. We are left then with ss. 42 and 43 and with the *Indian Estates Regulations*, promulgated pursuant to s. 42. The relevant provisions of the Regulations are ss. 4 and 11 which I reproduce hereunder so far as material:

4. (1) With the notice of death or as soon thereafter as possible, the Superintendent shall forward an itemized statement of inventory in the form prescribed, to the Minister, showing all the real and personal property of the deceased, the value of each item estimated as closely as possible, as well as all debts of or claims against the estate known at such time; he shall also state

- b) autoriser des exécuteurs à donner suite aux termes des testaments d'Indiens décédés;
- c) autoriser des administrateurs à gérer les biens d'Indiens morts intestat;
- d) réaliser les stipulations des testaments d'Indiens décédés et administrer les biens d'Indiens morts intestat; et
- e) donner tout ordre ou instruction ou établir toute conclusion qu'il juge nécessaire ou désirable à l'égard de quelque matière mentionnée à l'article 42.

44. (1) Du consentement du Ministre, la cour qui aurait juridiction si la personne décédée n'était pas un Indien peut exercer, en conformité de la présente loi, la juridiction et l'autorité que la présente loi confère au Ministre à l'égard des matières et des causes testamentaires, ainsi que tous autres pouvoirs, juridiction et autorité ordinairement dévolus à cette cour.

(2) Dans tout cas particulier, le Ministre peut ordonner qu'une demande en vue d'obtenir l'homologation d'un testament ou l'émission de lettres d'administration soit présentée à la cour qui aurait juridiction si la personne décédée n'était pas un Indien. Il a la faculté de soumettre à cette cour toute question que peut faire surgir un testament ou l'administration d'une succession.

(3) Une cour qui exerce quelque juridiction ou autorité sous le régime du présent article ne doit pas, sans le consentement écrit du Ministre, mettre à exécution une ordonnance visant des biens réels sur une réserve.

Puisque le Ministre n'a pas donné son consentement conformément au par. (1) de l'art. 44, ni émis d'ordonnance conformément au par. (2) de l'art. 44, il n'est pas nécessaire pour les besoins de la présente affaire de considérer cet article qui ne s'applique tout simplement pas. Il nous reste les art. 42 et 43 et les *Règlements relatifs aux successions des Indiens*, établis en vertu de l'art. 42. Les dispositions pertinentes des règlements sont les art. 4 et 11 dont je cite les parties applicables:

4. (1) Dès notification du décès ou le plus tôt possible après le reçu de cet avis, le surintendant doit faire parvenir au Ministre un état détaillé de l'inventaire en la forme prescrite, qui doit indiquer les biens meubles et immeubles du défunt, la valeur de chaque article appréciée aussi exactement que possible, et toutes les dettes de la succession et les réclamations des créanciers connues

therein whether the deceased left a will and give the names of all persons entitled to share in the estate and all such other information as may be required by the Minister.

(2) For all the purposes of this section, the Superintendent shall act in the capacity of an administrator and shall take all necessary steps for the proper safekeeping or safeguarding of the assets of the deceased and for the collection of moneys due or owing to the deceased and shall dispose of the moneys so collected or held as the Minister may direct.

11. (1) The Minister may appoint an officer of the Indian Affairs Branch to be the administrator of estates and to supervise the administration of estates and of all the assets of deceased Indians, and may provide that for the purposes of closing an estate the administration thereof be transferred to the Superintendent of the Reserve to which the deceased belonged.

(2) The administrator appointed pursuant to this section or the person acting as administrator in accordance with section 4 shall be responsible to the Minister for the proper preparation of the inventory, the giving of all notices and the carrying out of all inquiries and duties that may be necessary or be ordered with respect to any matter referred to in these regulations.

(14) Generally, an administrator shall have all such powers as are required for the carrying out of the duties herein specified, and shall carry out any order or direction and abide by any finding made or given by the Minister with respect to any matter and cause testamentary.

(15) An administrator shall be accountable to the Minister for his administration.

It is clear from the reasons of the Manitoba Court of Appeal that it proceeded on the basis that ss. 42 and 43 did not envisage that an Indian could be an administratrix of a deceased Indian spouse's estate. In this Court, counsel for the Attorney General of Canada submitted that there was nothing in s. 43 that prevented Mrs. Canard from applying for the issue to her of letters of administration, and nothing to prevent the Minister from granting her application. The completely illusory possibility of this is belied not only by the Regulations and the provisions thereof to which I have referred (provisions which name the Superintendent of Indian Affairs and officers of the Indian Affairs Branch as the qualified administrators)

à ce moment-là. Le surintendant doit aussi déclarer dans cet état si le défunt a fait un testament et donner les noms de toutes les personnes ayant droit à une part de la succession et toute autre information pertinente que peut exiger le Ministre.

(2) Aux fins du présent article, le surintendant doit agir en qualité d'administrateur et prendre toutes les mesures qui s'imposent pour assurer la bonne garde ou protection des biens du défunt et le recouvrement des sommes dues ou exigibles et disposer des deniers recouvrés ou détenus, de la manière que détermine le Ministre. . . .

11. (1) Le Ministre peut nommer un fonctionnaire de la Division des affaires indiennes comme administrateur des successions et pour surveiller l'administration des successions et de tous les biens des Indiens décédés; afin de régler une succession, il peut autoriser que l'administration en soit transférée au surintendant de la réserve à laquelle appartenait la personne décédée.

(2) L'administrateur nommé conformément au présent article ou la personne qui agit en qualité d'administrateur en vertu de l'article 4 doit rendre compte au Ministre de la préparation adéquate de l'inventaire, de la signification de tous les avis et de l'exécution de toutes les enquêtes et fonctions qui peuvent s'imposer ou être ordonnées à l'égard de toute question mentionnée dans les présents règlements.

(14) En général, un administrateur doit avoir tous les pouvoirs nécessaires pour s'acquitter des fonctions spécifiées ci-dessus et doit exécuter les ordres ou instructions et maintenir toute conclusion établie ou donnée par le Ministre à l'égard de toute matière et cause testamentaires.

(15) Un administrateur doit répondre au Ministre de son administration.

Les motifs de la Cour d'appel du Manitoba indiquent clairement que celle-ci a procédé sur la base que les art. 42 et 43 n'envisagent pas qu'un Indien puisse être nommé administrateur de la succession de son conjoint décédé. Devant cette Cour, l'avocat du Procureur général du Canada a soumis qu'il n'y avait rien dans l'art. 43 qui empêchait M^{me} Canard de faire une demande en vue d'obtenir l'émission de lettres d'administration et le Ministre de les lui accorder. Cette possibilité tout à fait illusoire est contredite non seulement par les règlements et les dispositions que j'ai cités (dispositions qui nomment le surintendant des affaires indiennes et les fonctionnaires de la Division des affaires indiennes comme administrateurs

but by the fact that Mrs. Canard was not told by the Department of Indian Affairs that the appellant Rees, an officer of the Branch, had been appointed administrator of her deceased husband's estate, nor was she told that Rees had commenced an action as administrator to recover damages arising out of the traffic accident in which Mrs. Canard's husband was fatally injured. I do not think that the *Canadian Bill of Rights* can be set to one side so easily.

On the face of the *Indian Act* as amplified by the Regulations thereunder, and certainly as fortified by the invariable practice of the Department of Indian Affairs, Indians are disqualified from obtaining letters of administration of the estate of an Indian intestate, even in the case where the intestate is a spouse, and *a fortiori* where the intestate may have a lesser relationship to a would-be Indian applicant. The contention is, however, and here the judgment of Ritchie J. in the *Lavell* case is invoked, that federal legislative authority in relation to Indians is itself an expression of a classification that removes the *Indian Act* and allied legislation from any taint under the *Canadian Bill of Rights*. We are told that the reason why the *Drybones* case stands apart is because there other federal legislation had established a position of inequality by reason of race that operated against Indians alone, and that that is not this case, nor was it the case in *Lavell*.

If anything, the *Drybones* case is quite consistent with the approach I would take here. The fact that the Court had before it a liquor ordinance of the Territories which made it an offence for any person to be intoxicated in a public place and that s. 94(b) of the *Indian Act* made it an offence for an Indian to be intoxicated off a reserve, meant only that whereas all others in the Territories were not subject to liability and penalty for intoxication in other than a public place an Indian was so subject. I cannot believe that the *Drybones* case would have been decided differently if s. 94(b) of the *Indian Act* stood alone, thus making Indians alone subject to liability and penalty for being intoxicated off a reserve but there was no prohibition against anyone else. The

qualifiés) mais par le fait que M^{me} Canard n'a pas été avisée par le ministère des Affaires indiennes que l'appelant Rees, un fonctionnaire de la Division, avait été nommé administrateur de la succession de son mari décédé, ni que Rees avait intenté une action en qualité d'administrateur en vue de recouvrer des dommages-intérêts résultant de l'accident de la route où le mari de M^{me} Canard avait perdu la vie. Je ne crois pas que la *Déclaration canadienne des droits* puisse être écartée aussi facilement.

A sa lecture, la *Loi sur les Indiens*, amplifiée par ses règlements et certainement renforcée par la pratique invariable du ministère des Affaires indiennes, rend les Indiens incapables d'obtenir des lettres d'administration de la succession d'un Indien décédé intestat, même dans le cas où le de cujus intestat est un conjoint, et *a fortiori* lorsque le de cujus intestat peut avoir un lien de parenté plus éloigné avec l'Indien qui en ferait la demande. Toutefois, on prétend que, et ici l'on invoque le jugement du juge Ritchie dans *Lavell*, que l'autorité législative fédérale à l'égard des Indiens crée elle-même une catégorie qui a pour effet de placer la *Loi sur les Indiens* et ses lois connexes à l'abri de la *Déclaration canadienne des droits*. On nous a dit que l'arrêt *Drybones* est unique à cause de l'existence d'autres lois fédérales qui ont créé une situation d'inégalité en raison de la race qui joue uniquement contre les Indiens, et que ce n'est pas le cas en l'espèce ni dans *Lavell*.

En fait, l'arrêt *Drybones* est tout à fait conciliable avec le point de vue que j'adopte ici. Le fait qu'une ordonnance des Territoires relative à l'alcool interdisait à toute personne de se trouver en état d'ébriété dans un endroit public et que l'al. b) de l'art. 94 de la *Loi sur les Indiens* interdisait à un Indien d'être ivre en dehors d'une réserve, signifie seulement que tandis que toutes les autres personnes dans les Territoires n'étaient pas passibles de sanction si elles étaient ivres ailleurs que dans un endroit public, un Indien l'était. Je ne peux pas croire que l'arrêt *Drybones* eût été décidé autrement si l'on avait considéré uniquement l'al. b) de l'art. 94 de la *Loi sur les Indiens*, de sorte que seuls les Indiens auraient été passibles de condamnation et de sanction pour être ivres hors

Territories liquor ordinance merely circumscribed the offence and the issue of inequality resided in the want of any prohibition outside of that circumscription affecting others than Indians.

Of course, it is much easier for the Courts to apply the *Canadian Bill of Rights* to a federal legislative measure if Parliament itself provides the touchstone of comparison in other federal legislation. Yet, it may equally provide it by what it has done and failed to do in the very measure that is under challenge. The Court's function in such a case is different only in degree but not in kind.

In my opinion, to the extent that there is any majority opinion in the *Lavell* case (having regard to the separate concurring reasons of Pigeon J. since the Court was otherwise evenly split), it resides in the view that the *Indian Act* is a self-contained code which if it exhibits any dissonance with the *Canadian Bill of Rights* is justified by the very fact that Indians have been designated as a special class for which Parliament may legislate. I did not accept that view in *Lavell* and I do not accept it now, because I do not regard the mere grant of legislative power as itself authorizing Parliament to offend against its generally stated protections in the *Canadian Bill of Rights*. If Parliament deems it necessary to treat its grant of legislative power under s. 91(24) of the *British North America Act* in terms that would be offensive to the *Canadian Bill of Rights*, it is open to Parliament to do so, but s. 91(24) is not, in my opinion, an invitation to the Courts to do what Parliament has not chosen to do. It seems to me patent that no grant of federal legislative power, as a mere vehicle for legislation, should be viewed as necessarily carrying with it a built-in exclusion of the mandates of the *Canadian Bill of Rights*.

d'une réserve sans qu'il y ait interdiction contre personne d'autre. L'ordonnance des Territoires relative à l'alcool ne fait que circonscrire l'infraction et la question d'inégalité réside en l'absence de toute interdiction visant les non-Indiens, en dehors de ces limites.

Il est naturellement plus facile pour les tribunaux d'appliquer la *Déclaration canadienne des droits* à une mesure législative fédérale si le Parlement lui-même fournit le critère de comparaison dans d'autres lois fédérales. Malgré cela, il peut également fournir ce critère par ce qu'il a fait ou a omis de faire dans la mesure même qui est contestée. La différence du rôle de la cour en pareil cas en est une de degré et non pas de nature.

A mon avis, dans la mesure où il y avait une opinion majoritaire dans *Lavell* (tenant compte des motifs distincts concordants du juge Pigeon puisque la Cour était autrement divisée de façon égale), elle se fonde sur le point de vue que la *Loi sur les Indiens* est un code complet en lui-même qui, s'il présente quelque désaccord avec la *Déclaration canadienne des droits*, se justifie par le fait même que les Indiens ont été considérés comme formant une catégorie particulière à l'égard de laquelle le Parlement pouvait légiférer. Je n'ai pas accepté ce point de vue dans *Lavell* et je ne l'accepte pas maintenant, parce que je ne considère pas que la simple attribution d'un pouvoir législatif constitue en lui-même une autorisation pour le Parlement d'aller à l'encontre des mesures de sauvegarde qu'il a énoncées de façon générale dans la *Déclaration canadienne des droits*. Si le Parlement juge nécessaire de traiter son pouvoir de légiférer en vertu de l'art. 91 (24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* d'une façon qui irait à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits*, il est libre de le faire mais l'art. 91(24) ne constitue pas, à mon avis, une invitation aux tribunaux de faire ce que le Parlement n'a pas voulu faire lui-même. Il me semble évident que nul pouvoir législatif fédéral, qui n'est qu'un simple instrument pour adopter les lois, ne devrait être considéré comme comportant nécessairement en soi une exclusion des mandements de la *Déclaration canadienne des droits*.

Lavell was, apart from the foregoing, an even more obvious case than *Drybones* for the application of the *Canadian Bill of Rights*, because the inequality in that case, on the ground of sex, was built into the *Indian Act* itself. The present case on its facts is at least as susceptible as was *Drybones* to the purging effect of the *Canadian Bill of Rights*, and I can add nothing more in this respect to what was said more tersely but just as effectively by Dickson J.A.

I would dismiss the appeal with costs but I would vary the judgment of the Manitoba Court of Appeal by avoiding any declaration that s. 43 of the *Indian Act* is inoperative and by declaring instead that s. 43 must be applied consistently with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* and that s. 11 of the *Indian Estates Regulations* is inoperative in so far as it excludes Indians from eligibility to be administrators of the estates of deceased Indians.

The Attorney General of Canada undertook, if he was successful here, to pay the costs of the appellant in this Court on a party-and-party basis and to forgo costs in the Courts below. In view of the result I reach, the appellant does not need this indulgence.

The judgment of Martland and Judson JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The facts which give rise to this appeal are stated in the reasons of my brother Beetz.

The relevant provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, are subs. (3) of s. 4 and ss. 42 and 43, which provide as follows:

4. (3) Sections 114 to 123 and, unless the Minister otherwise orders, sections 42 to 52 do not apply to or in respect of any Indian who does not ordinarily reside on a reserve or on lands belonging to Her Majesty in right of Canada or a province.

42. (1) Unless otherwise provided in this Act, all jurisdiction and authority in relation to matters and

En plus de ce qui est mentionné ci-dessus, il est encore plus évident dans *Lavell* que dans *Drybones* que la *Déclaration canadienne des droits* s'appliquait, parce qu'en cette affaire-là, l'inégalité en raison du sexe était incorporée dans la *Loi sur les Indiens* elle-même. D'après les faits, la présente affaire est au moins aussi susceptible que l'affaire *Drybones* de subir l'effet purifiant de la *Déclaration canadienne des droits*, et je ne peux ajouter rien de plus à cet égard à ce qui a été dit de façon plus concise mais tout aussi efficace par le juge d'appel Dickson.

Je rejetterais l'appel avec dépens mais je modifierais le jugement de la Cour d'appel du Manitoba en omettant toute déclaration que l'art. 43 de la *Loi sur les Indiens* est inopérant et en statuant plutôt que l'art. 43 doit s'appliquer en conformité avec l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* et que l'art. 11 des *Règlements sur les successions des Indiens* est inopérant dans la mesure où il prononce l'incapacité des Indiens à être nommés administrateurs des successions d'Indiens décédés.

Le Procureur général du Canada s'était engagé, s'il avait gain de cause ici, à payer les dépens de l'intimée devant cette Cour, applicables entre les parties, et de renoncer aux dépens devant les tribunaux d'instance inférieure. En raison de ma conclusion, cette bienveillance en faveur de l'intimée est superflue.

Le jugement des juges Martland et Judson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les faits qui ont donné naissance au présent appel sont énoncés dans les motifs de mon collègue M. le juge Beetz.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6, sont le par. (3) de l'art. 4 et les art. 42 et 43, qui prévoient ce qui suit:

4. (3) Les articles 114 à 123 et, sauf si le Ministre en ordonne autrement, les articles 42 à 52 ne s'appliquent à aucun Indien, ni à l'égard d'aucun Indien, ne résidant pas ordinairement dans une réserve ou sur des terres qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

42. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi, les juridiction et autorité sur les matières et causes

causes testamentary, with respect to deceased Indians, is vested exclusively in the Minister, and shall be exercised subject to and in accordance with regulations of the Governor in Council.

(2) The Governor in Council may make regulations for providing that a deceased Indian who at the time of his death was in possession of land in a reserve shall, in such circumstances and for such purposes as the regulations prescribe, be deemed to have been at the time of his death lawfully in possession of that land.

(3) Regulations made under this section may be made applicable to estates of Indians who died before, on or after the 4th day of September 1951.

43. Without restricting the generality of section 42, the Minister may

- (a) appoint executors of wills and administrators of estates of deceased Indians, remove them and appoint others in their stead;
- (b) authorize executors to carry out the terms of the wills of deceased Indians;
- (c) authorize administrators to administer the property of Indians who die intestate;
- (d) carry out the terms of wills of deceased Indians and administer the property of Indians who die intestate; and
- (e) make or give any order, direction or finding that in his opinion it is necessary or desirable to make or give with respect to any matter referred to in section 42.

The learned trial judge held that the deceased, Alexander Canard, did not ordinarily reside on a reserve, and, in consequence, there having been no order of the Minister otherwise, the Minister did not have the power, under s. 43, to appoint an administrator of his estate.

The Court of Appeal found, on the evidence, that Canard did ordinarily reside on a reserve, and so the application of s. 43 was not excluded by the operation of s. 4(3). I agree with this conclusion. The Court went on to hold that s. 43 was inoperative to the extent that, in violation of the *Bill of Rights*, guaranteeing the right to equality before the law without discrimination by reason of race, it denied Mrs. Canard administration of the estate of her late husband. It is from this judgment that the present appeal is brought.

testamentaires relatives à des Indiens décédés sont dévolues au Ministre exclusivement et doivent être exercées sous réserve et en conformité de règlements établis par le gouverneur en conseil.

(2) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements stipulant qu'un Indien décédé qui, au moment de son décès, était en possession de terres dans une réserve, sera réputé, en telles circonstances et à telles fins que prescrivent les règlements, avoir été légalement en possession desdites terres au moment de son décès.

(3) Les règlements prévus par le présent article peuvent être rendus applicables aux successions des Indiens morts avant ou après le 4 septembre 1951 ou à cette date.

43. Sans restreindre la généralité de l'article 42, le Ministre peut

- a) nommer des exécuteurs de testaments et des administrateurs de successions d'Indiens décédés, révoquer ces exécuteurs et administrateurs et les remplacer;
- b) autoriser des exécuteurs à donner suite aux termes des testaments d'Indiens décédés;
- c) autoriser des administrateurs à gérer les biens d'Indiens morts intestat;
- d) réaliser les stipulations des testaments d'Indiens décédés et administrer les biens d'Indiens morts intestat; et
- e) donner tout ordre ou instruction ou établir toute conclusion qu'il juge nécessaire ou désirable à l'égard de quelque matière mentionnée à l'article 42.

Le savant juge de première instance a décidé que le *de cuius*, Alexander Canard, ne résidait pas ordinairement dans une réserve et que par conséquent, comme le Ministre ne l'avait pas ordonné autrement, celui-ci n'avait pas le pouvoir, en vertu de l'art. 43, de nommer un administrateur de la succession.

La Cour d'appel a jugé, d'après la preuve, que Canard résidait ordinairement dans une réserve et ainsi l'application de l'art. 43 n'a pas été exclue par l'effet du par. (3) de l'art. 4. Je suis d'accord avec cette conclusion. La Cour a ensuite décidé que l'art. 43 était inopérant dans la mesure où, en violation de la *Déclaration des droits*, garantissant l'égalité devant la loi à toute personne sans discrimination en raison de la race, il ne permettait pas à M^{me} Canard d'administrer la succession de son mari décédé. C'est ce jugement qui fait l'objet du présent appel.

Section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* provides that:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

Section 91(24) of the *British North America Act* gave to the Parliament of Canada exclusive legislative authority over the subject of "Indians, and Lands reserved for the Indians." Pursuant to this authority Parliament has enacted the *Indian Act*, which establishes a comprehensive regime for Indians, dealing with such diverse matters as the possession of lands in reserves; the surrender of reserve lands; wills; the distribution of property on intestacy; mentally incompetent Indians; the administration of property of infant children; loans to Indians; schools; and enfranchisement.

The provisions of the Act dealing with wills and estates provide a scheme for testamentary capacity and for the administration of estates. It is characterized by a discretionary and supervisory jurisdiction in the Minister of Indian Affairs rather than in the Courts.

The subject-matter defined in s. 91(24) necessarily contemplates legislation respecting the status and rights of a particular class of persons. If the words "equality before the law" in s. 1(b) of the *Bill of Rights* were to be construed as precluding legislation of this kind it would prevent Parliament from exercising the power entrusted to it by s. 91(24).

The majority of this Court in *Attorney General of Canada v. Lavell*⁷, rejected the application of the *Bill of Rights* in that way, and approved the

L'alinéa b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* prévoit que:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

L'article 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* donne au Parlement du Canada l'autorité législative exclusive sur le sujet des «Indiens et des terres réservées pour les Indiens». En vertu de cette autorité, le Parlement a adopté la *Loi sur les Indiens*, qui établit un régime global pour les Indiens, traitant de matières aussi diverses que la possession de terres dans les réserves, les cessions des terres de la réserve, les testaments, la distribution des biens ab intestat, les Indiens mentalement incapables, l'administration des biens des enfants mineurs, les prêts aux Indiens, les écoles et l'émancipation.

Les dispositions de la Loi relatives aux testaments et aux successions ont pour objet la capacité de tester et l'administration des successions. Leur caractéristique est de conférer au ministre des Affaires indiennes plutôt qu'aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire de contrôle.

La matière définie à l'art. 91(24) envisage nécessairement l'adoption de lois relatives au statut et aux droits d'une catégorie particulière de personnes. Si les mots «égalité devant la loi» de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration des droits* devaient être interprétés comme excluant l'adoption de lois de cette nature, ils empêcheraient le Parlement d'exercer le pouvoir que lui confère l'art. 91(24).

Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*⁷, la majorité de cette Cour a rejeté l'application de la *Déclaration des droits* de cette façon

⁷ [1974] S.C.R. 1349.

⁷ [1974] R.C.S. 1349.

statement of Pigeon J., on this point, in his dissenting reasons in *The Queen v. Drybones*⁸, at p. 304:

If one of the effects of the *Canadian Bill of Rights* is to render inoperative all legal provisions whereby Indians as such are not dealt with in the same way as the general public, the conclusion is inescapable that Parliament, by the enactment of the *Bill*, has not only fundamentally altered the status of the Indians in that indirect fashion but has also made any future use of federal legislative authority over them subject to the requirement of expressly declaring every time "that the law shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*". I find it very difficult to believe that Parliament so intended when enacting the *Bill*. If a virtual suppression of federal legislation over Indians as such was meant, one would have expected this important change to be made explicitly not surreptitiously so to speak.

In *The Queen v. Burnshine*⁹, this Court had occasion to consider the application of s. 1(b) in relation to federal legislation which dealt specially with a designated class of individuals, in relation to indeterminate sentences for young offenders. It was held that the right to equality before the law guaranteed by s. 1(b) of the *Bill of Rights* did not involve the proposition that all federal statutes must apply equally to all individuals in all parts of Canada, and that federal legislation which applied to a particular group or class of people, or in a particular area of Canada, did not offend against that guarantee if it was enacted in order to achieve a valid federal objective.

The judgments of this Court in *Lavell* and in *Burnshine* were delivered after the judgment of the Court of Appeal in the present case.

⁸ [1970] S.C.R. 282.

⁹ [1975] S.C.R. 693.

et elle a approuvé sur cette question l'énoncé du juge Pigeon dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *La Reine c. Drybones*⁸, à la p. 304:

Si l'un des effets de la *Déclaration canadienne des droits* est de rendre inopérantes toutes les dispositions en vertu desquelles les Indiens en tant que tels ne sont pas traités de la même façon que le grand public, on doit inévitablement conclure que le Parlement, en édictant la *Déclaration*, n'a pas seulement modifié fondamentalement le statut des Indiens par ce procédé indirect, mais aussi qu'il a assujéti l'exercice futur de l'autorité législative fédérale sur les Indiens à l'exigence d'une déclaration expresse «que la loi s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*». J'ai peine à croire que le Parlement avait cette intention lorsqu'il a édicté la *Déclaration*. Si l'on entendait supprimer pratiquement la législation fédérale sur les Indiens, on devrait s'attendre à ce que ce changement important soit fait explicitement et non subrepticement, pour ainsi dire.

Dans l'arrêt *La Reine c. Burnshine*⁹, cette Cour a eu l'occasion d'examiner l'application de l'al. b) de l'art. 1 relativement à une loi fédérale qui traitait particulièrement d'une catégorie déterminée d'individus, à l'égard de l'imposition de sentences indéterminées aux jeunes contrevenants. Il a été décidé que le droit à l'égalité devant la loi garanti par l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration des droits* ne signifie pas que toutes les lois fédérales doivent s'appliquer également à tous les individus de toutes les parties du Canada, et qu'une loi fédérale qui s'appliquait à un groupe particulier ou à une catégorie de personnes, ou dans une région particulière du Canada, n'allait pas à l'encontre de cette garantie si elle était adoptée en vue de l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier.

Les jugements de cette Cour dans *Lavell* et *Burnshine* ont été rendus après le jugement de la Cour d'appel dans la présente affaire.

⁸ [1970] R.C.S. 282.

⁹ [1975] R.C.S. 693.

Section 43 of the *Indian Act* is legislation relating to the administration of the estates of deceased Indians and (unless the Minister otherwise orders, which he did not do in this case) relates only to those Indians ordinarily resident on reserves. It enables the Minister to appoint administrators of estates of deceased Indians and to remove them. The regulations enacted pursuant to s. 42 enable the Minister to appoint an officer of the Indian Affairs Branch to be the administrator of estates and to supervise the administration of estates. In my opinion there are legitimate reasons of policy for the enactment of such provisions in relation to the estate assets of deceased Indians ordinarily resident on reserves.

I cannot find in these provisions discrimination against the respondent by reason of race. They relate exclusively to the administration of the estates of deceased Indians, in certain circumstances, and apply generally to such estates. There is no federal legislation relating to the administration of estates of non-Indians in the provinces, and, constitutionally, such legislation could not be enacted. This is not a case in which federal legislation dealing with a subject-matter within s. 91 of the *British North America Act* has permitted certain acts or conduct by non-Indians and prohibited Indians from doing the same thing. The provisions of the *Indian Act*, including s. 43, deal only with the legal rights of Indians.

For these reasons, as well as those delivered by my brother Ritchie and by my brother Pigeon, I would allow this appeal and dispose of the matter in the manner proposed by my brother Beetz.

RITCHIE J.—The conclusion reached by the Court of Appeal for Manitoba in this case is that s. 43 of the *Indian Act* is “inoperative to the extent that in violation of the *Bill of Rights* guaranteeing the right to equality before the law without discrimination by reason of race, it denies Mrs. Canard administration of the estate of her late husband.”

L'article 43 de la *Loi sur les Indiens* est une disposition relative à l'administration des successions des Indiens décédés et (à moins que le Ministre n'en ordonne autrement, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce) s'applique seulement aux Indiens résidant ordinairement dans des réserves. Il permet au Ministre de nommer des administrateurs de successions d'Indiens décédés et de les révoquer. Les règlements édictés en vertu de l'art. 42 donnent au Ministre le pouvoir de nommer un fonctionnaire de la Division des affaires indiennes pour administrer les successions et pour surveiller l'administration des successions. A mon avis, il existe des principes valables pour adopter de pareilles dispositions à l'égard de la succession des Indiens décédés résidant ordinairement dans des réserves.

Je ne puis trouver dans ces dispositions de matières discriminatoires à l'encontre de l'intimé en raison de sa race. Elles concernent exclusivement l'administration des successions des Indiens décédés, en certaines circonstances, et s'appliquent généralement à ces successions. Il n'y a pas de loi fédérale ayant trait à l'administration des successions des non-Indiens dans les provinces, et, du point de vue constitutionnel, une telle loi ne pourrait être adoptée. Il ne s'agit pas d'un cas où une loi fédérale qui traite d'un sujet inclus dans l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* permet à des non-Indiens d'agir d'une façon qu'elle interdit aux Indiens. Les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, y compris l'art. 43, traitent seulement des droits légaux des Indiens.

Pour ces motifs, de même que ceux énoncés par mes collègues MM. les juges Ritchie et Pigeon, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de décider la question de la façon proposée par mon collègue M. le juge Beetz.

LE JUGE RITCHIE—En l'espèce, la Cour d'appel du Manitoba a conclu que l'art. 43 de la *Loi sur les Indiens* est [TRADUCTION] «inopérant dans la mesure où, en violation de la *Déclaration canadienne des droits* garantissant le droit à l'égalité devant la loi sans discrimination en raison de la race, il ne permet pas à M^{me} Canard d'administrer la succession de son mari décédé».

It is thus the finding of the denial of the fundamental right of "equality before the law" guaranteed to all Canadians by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* which forms the basis of the Court of Appeal's conclusion that the provisions of s. 43 are inoperative.

In the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Court of Appeal, Mr. Justice Dickson recognized the validity of the proposition that the question of whether a piece of federal legislation has been rendered inoperative should not rest on a difference between such legislation and that of any of the provinces "for", as he said, "its operation would then vary from province to province and from time to time", but he went on to say of the present case:

The inequality does not arise through a conflict between a federal statute and a provincial statute. It arises through conflict between the *Bill of Rights* and a federal statute. The *Bill of Rights* has capacity to render inoperative racially discriminatory legislation, whether or not there be provincial legislation touching the subject-matter.

The matter at issue in the present appeal is the administration of "property" of a deceased Indian, and I agree with the Court of Appeal that he was at the time of his death resident on lands reserved for Indians. This is therefore a subject to which the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada extends under s. 91(24) of the *British North America Act*, and where, as here, s. 88 of the *Indian Act* does not apply, it is one to which provincial legislation can have no application. It therefore follows, in my view, that if the impugned sections of the *Indian Act* are to be declared inoperative, it must be shown that they have the effect of creating inequality before laws enacted under the legislative authority of the Parliament of Canada (see *Bill of Rights* s. 5(3)).

The specific ground upon which the Court of Appeal founded its conclusion that the impugned legislation constituted a denial of Mrs. Canard's "right to equality before the law" is expressed in the following paragraph:

The *Bill of Rights* proclaims an egalitarian doctrine. It assures Mrs. Canard "without discrimination by reason of race" "the right to equality before the law". I

C'est donc la conclusion qu'il y a eu déni du droit à l'égalité devant la loi garanti à tous les Canadiens par l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* qui est à la base de la décision de la Cour d'appel que les dispositions de l'art. 43 sont inopérantes.

Dans ses motifs de jugement rendus au nom de la Cour d'appel, M. le juge Dickson a reconnu la validité de la proposition que la question de savoir si une disposition d'une loi fédérale est devenue inopérante ne devrait pas se fonder sur une divergence entre cette loi et celle de l'une des provinces [TRADUCTION] «parce que», comme il dit, «son application varierait alors d'une province à l'autre et d'un moment à l'autre». Mais il continue en parlant de la présente affaire:

[TRADUCTION] L'inégalité ne résulte pas d'un conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale. Elle résulte d'un conflit entre la *Déclaration des droits* et une loi fédérale. La *Déclaration des droits* peut rendre inopérante une loi discriminatoire en raison de la race, qu'il y ait ou non des lois provinciales sur le sujet.

La question en litige en ce pourvoi est l'administration des «biens» d'un Indien décédé, et je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'au moment de son décès, celui-ci résidait sur les terres réservées aux Indiens. C'est donc un sujet qui tombe sous l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada en vertu de l'art. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et qui, comme ici l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas, ne peut être visé par une loi provinciale. Il s'ensuit donc, à mon avis, que si les articles attaqués de la *Loi sur les Indiens* doivent être déclarés inopérants, il faut montrer qu'ils ont pour effet de créer l'inégalité vis-à-vis des lois adoptées en vertu de la compétence législative du Parlement du Canada. (Voir *Déclaration des droits* art. 5(3)).

Les raisons spécifiques sur lesquelles la Cour d'appel a fondé sa conclusion que la loi attaquée constituait pour M^{me} Canard un déni du «droit à l'égalité devant la loi» sont énoncées dans le passage suivant:

[TRADUCTION] La *Déclaration des droits* proclame une doctrine égalitaire. Elle assure à M^{me} Canard «quelle que soit sa race» «le droit à l'égalité devant la loi». Je ne

do not think Mrs. Canard can be said to be in a position of equality before the law when that law denies her *a civil right* which other Canadians, not of her race, enjoy—the *right to administer the estate of her husband*. The denial of that right is a negation of the principle of equality and places Mrs. Canard in a state of inferiority vis-à-vis other Canadians.

The italics are my own.

In my view the inequality referred to in this paragraph must of necessity be created because of the differences existing between the law of Canada governing the administration of the estates of Indians and the provincial laws in this regard which have general application to other Canadians in the various provinces. The civil right said to be denied to Mrs. Canard “that other Canadians not of her race enjoy”, is a provincial right which is beyond the scope of the legislative authority of the Parliament of Canada, and which cannot therefore, in my view, be invoked in contra-distinction to the provisions of otherwise valid federal legislation so as to result in a denial to the respondent of “equality before the law” within the meaning of s. 1 (b) of the *Canadian Bill of Rights*.

The *Bill of Rights* was designed to eradicate any discriminatory laws passed by the Parliament of Canada and to guarantee the rights and freedoms therein specified to all Canadian citizens, but these guarantees are expressly declared in the preamble to the Bill to be enacted so as to “reflect the respect of Parliament for its constitution”, and s.91(24) of that document clearly vests in the Parliament of Canada the authority to pass laws concerning Indians which are different from the laws which the provincial legislatures may enact concerning the citizens of the various provinces.

If the provisions of the *Indian Act* and the regulations made thereunder are to be declared inoperative as offending against the guarantee provided by s. 1(b) of the *Bill of Rights* wherever they have the effect of treating Indians differently from other Canadians, then it seems to me to follow that eventually all such differences will be eradicated and Indians will in all respects be treated in the same way as their fellow citizens under the law. I cannot believe that the special Indian status so

crois pas qu'on puisse dire que M^{me} Canard est dans un état d'égalité devant la loi lorsque cette loi la prive d'*un droit civil* dont jouissent les autres Canadiens, qui ne sont pas de sa race,—le *droit d'administrer la succession de son mari*. La privation de ce droit est une négation du principe d'égalité et place M^{me} Canard dans un état d'infériorité vis-à-vis des autres Canadiens.

J'ai mis des mots en italiques.

A mon avis, il faut nécessairement que l'inégalité mentionnée dans ce passage soit le fait des différences qui existent entre la loi du Canada régissant l'administration des successions des Indiens et les lois provinciales à ce sujet qui s'appliquent généralement aux autres Canadiens dans les différentes provinces. Le droit civil dont, prétend-on, M^{me} Canard est privée et «dont jouissent les autres Canadiens qui ne sont pas de sa race» est un droit provincial qui n'est pas de la compétence législative du Parlement du Canada, et qui ne peut donc pas, à mon avis, être invoqué par opposition à une disposition d'une loi fédérale autrement valide de façon à nier à l'intimée «l'égalité devant la loi» au sens de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*.

La *Déclaration des droits* a pour but d'éliminer toutes les lois discriminatoires adoptées par le Parlement du Canada et de garantir à tous les citoyens canadiens les droits et libertés qui y sont énoncés, mais le préambule de la Déclaration prévoit expressément que ces garanties doivent «respecter la compétence législative du Parlement du Canada», et l'art. 91(24) de la constitution confère clairement au Parlement du Canada l'autorité d'adopter à l'égard des Indiens des lois différentes de celles que les législatures provinciales peuvent adopter à l'égard des citoyens des différentes provinces.

Si les dispositions de la *Loi sur les Indiens* et les règlements édictés conformément à celle-ci doivent être déclarés inopérants parce qu'ils vont à l'encontre de la garantie prévue à l'al.b) de l'art. 1 de la *Déclaration des droits* chaque fois qu'ils ont pour effet de traiter les Indiens de façon différente des autres Canadiens, alors il me semble s'ensuivre qu'éventuellement toutes ces différences disparaîtront et qu'à tous les égards les Indiens seront soumis aux mêmes lois que leurs concitoyens. Je ne

clearly recognized in the *British North America Act* is to be whittled away without express legislation being passed by the Parliament of Canada to that effect.

This is not a case like that of *Regina v. Drybones*¹⁰, where there was found to be inequality before the law because of the interaction of two federal statutes, nor is it like the case of *Attorney General of Canada v. Lavell*¹¹, where it was alleged that the *Indian Act* by its own provisions created inequality by reason of sex. It appears to me that in the present context there can only be a conflict between the *Bill of Rights* and the *Indian Act* if the *Indian Act*, standing alone or read in conjunction with other federal legislation, can be said to result in a denial to Indians of the equality before the law guaranteed by s. 1(b) of the Bill.

I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother Beetz and I agree with him that the power to appoint an administrator of the estate of a person who has died intestate is not one which must necessarily be assigned to a court and that there is nothing unconstitutional in Parliament excluding the authority of provincial courts over this subject and bestowing it upon a Minister. I think it of interest also to note that while the provisions respecting the appointment of such an administrator vary from province to province, the ultimate discretion as to such appointment rests with the provincial courts, and although the widow occupies a preferred position in applying for administration of the estate of her deceased husband, it is clear that she is not entitled, *as a matter of right* to administer the estate of her late husband, and that, depending on the circumstances, the court may, in its discretion, appoint some other person (e.g., the *Surrogate Courts Act* of Manitoba, R.S.M. 1970, c. C290, s. 31).

For these reasons, as well as for those advanced by Mr. Justice Pigeon, I would dispose of this

¹⁰ [1970] S.C.R. 282.

¹¹ [1974] S.C.R. 1349.

peux croire que le statut particulier d'Indien si clairement établi dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* puisse disparaître graduellement sans une loi explicite adoptée à cette fin par le Parlement du Canada.

Il ne s'agit pas d'un cas semblable à l'arrêt *Regina c. Drybones*¹⁰, où l'on a conclu à l'inégalité devant la loi à cause de l'interaction de deux lois fédérales, ni semblable à l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*¹¹, où l'on a allégué que la *Loi sur les Indiens*, selon ses propres dispositions, crée une inégalité en raison du sexe. Dans le présent contexte, il m'apparaît qu'il ne peut exister un conflit entre la *Déclaration des droits* et la *Loi sur les Indiens* que celle-ci, considérée seule ou interprétée conjointement avec d'autres lois fédérales, peut être réputée avoir pour effet de dénier aux Indiens l'égalité devant la loi garantie par l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration*.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue, M. le juge Beetz, et je suis d'accord avec lui que le pouvoir de nommer un administrateur de la succession d'une personne morte intestat n'en est pas un qui doit être nécessairement assigné à un tribunal et que le Parlement n'agit pas à l'encontre de la constitution en enlevant aux tribunaux provinciaux la compétence en cette matière et en la conférant à un ministre. Je pense qu'il est aussi digne de mention de signaler que bien que les dispositions relatives à la nomination d'un administrateur d'une succession varient d'une province à l'autre, la décision finale à l'égard de ces nominations est du ressort des tribunaux provinciaux, et même si la veuve qui demande l'administration de la succession de son mari décédé est dans une position préférentielle, il est évident qu'elle n'est pas fondée, *de plein droit*, à obtenir l'administration de la succession de son mari décédé, et selon les circonstances, le tribunal peut, à sa discrétion, nommer une autre personne (p. ex. le *Surrogate Courts Act* du Manitoba, R.S.M. 1970, c. C290, art. 31).

Pour ces motifs, de même que pour ceux avancés par M. le juge Pigeon, je suis d'avis de décider ce

¹⁰ [1970] R.C.S. 282.

¹¹ [1974] R.C.S. 1349.

appeal in the manner proposed by my brother Beetz.

PIGEON J.—I agree in the result with Beetz J. I also concur in his reasons for holding that the late Alexander Canard was, at his death, ordinarily resident on a reserve.

On the constitutional question, I adhere to the view that the very object of s. 91(24) of the *British North America Act, 1867* in so far as it relates to Indians, is to enable the Parliament of Canada to make legislation applicable only to Indians as such, and I fail to see any reason why provisions with respect to the administration of the estate of deceased Indians would be excluded from the scope of such authority.

Concerning the contention that such provisions were made inoperative by the *Canadian Bill of Rights*, I would refer to the paragraph from my reasons in *Drybones*¹² quoted by Ritchie J. in *Lavell*¹³, at pp. 1361-2. Also, it appears to me that the provisions of the *Indian Act* vesting in the Minister jurisdiction for the appointment of administrators, cannot be considered as an infringement of the principle of equality before the law for much the same reasons as provisions creating a special jurisdiction respecting juvenile delinquents and authorizing discretionary transfers to the ordinary courts cannot be looked upon as violations of that same rule. In this connection, I would refer to the recent judgment of Houlden J. in *Re Regina and M.*¹⁴ This conclusion is entirely consistent with the judgment of this Court in *R. v. Smythe*¹⁵ holding that provisions for stiffer penalties depending on the method of prosecution do not infringe equality before the law although the choice of the method depends on executive discretion.

Lastly, concerning the attack against the Minister's order based on the absence of notice and of any valid reason for not appointing the widow as

pourvoi de la façon proposée par mon collègue M. le juge Beetz.

LE JUGE PIGEON—Je souscris aux conclusions de mon collègue M. le juge Beetz. J'endosse également les motifs pour lesquels il décide que feu Alexander Canard résidait ordinairement dans une réserve lorsqu'il est décédé.

Sur la question constitutionnelle, je suis d'avis que ce que vise l'art. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* quant aux Indiens, c'est à habiliter le Parlement du Canada à faire des lois qui ne s'appliquent qu'aux Indiens comme tels, et je ne puis voir aucune raison d'exclure du champ de cette compétence des dispositions relatives à l'administration des successions des Indiens décédés.

Quant à la prétention que ces dispositions ont été rendues inopérantes par la *Déclaration canadienne des droits*, je renvoie au paragraphe de mes motifs dans *Drybones*¹² cité par M. le juge Ritchie dans *Lavell*¹³, aux pp. 1361-2. Il m'apparaît aussi que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui attribuent au Ministre le pouvoir de nommer les administrateurs, ne peuvent être considérées comme une atteinte au principe de l'égalité devant la loi pour les mêmes raisons que les dispositions qui établissent une juridiction spéciale pour les jeunes délinquants et autorisent un renvoi discrétionnaire aux tribunaux ordinaires ne peuvent être considérées comme des violations de cette même règle. À ce sujet, je réfère au récent jugement de M. le juge Houlden dans *Regina and M.*¹⁴ Sa conclusion est tout à fait conforme au jugement de cette Cour dans *R. c. Smythe*¹⁵, où l'on a conclu que des dispositions qui prescrivent des peines plus sévères selon le mode de poursuite ne vont pas à l'encontre de l'égalité devant la loi bien que le choix de ce mode soit laissé à la discrétion du pouvoir exécutif.

Enfin, en ce qui concerne l'attaque contre l'ordonnance du Ministre fondée sur le défaut d'avis et de raisons valables de ne pas nommer la veuve

¹² [1970] S.C.R. 282.

¹³ [1974] S.C.R. 1349.

¹⁴ (1973), 2 O.R. (2d) 86.

¹⁵ [1971] S.C.R. 680.

¹² [1970] R.C.S. 282.

¹³ [1974] R.C.S. 1349.

¹⁴ (1973), 2 O.R. (2d) 86.

¹⁵ [1971] R.C.S. 680.

administratrix, I agree with Beetz J.'s reasons for holding that the Courts of Manitoba were without jurisdiction to entertain it.

In the circumstances, I do not wish to discuss the validity of the regulations under the *Indian Act*, a point which was hardly mentioned at the hearing in this Court and I find it unnecessary to express an opinion on any other point than those above dealt with.

BEETZ J.—The respondent is the widow of the late Alexander Canard, an Indian of the Fort Alexander Indian Reserve No. 3 in the Province of Manitoba. Alexander Canard was killed in a traffic accident on July 6, 1969. He died intestate.

On December 1, 1969, appellant William Barber Rees, the superintendent in charge of the Clandeboye Fisher River Indian District, in the Province of Manitoba, was appointed to be administrator of Alexander Canard's estate by the Minister of Indian Affairs and Northern Development pursuant to ss. 42 and 43 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, (now R.S.C. 1970, c. I-6). In that capacity, on March 1, 1970, he commenced an action in the Manitoba Court of Queen's Bench, claiming damages from three defendants in respect of the accident resulting in the death of Alexander Canard.

On March 18, 1970, pursuant to an application made by the respondent, letters of administration were issued to her by the Surrogate Court of the Eastern Judicial District of Manitoba. The Minister of Indian Affairs and Northern Development had not given to that Court his consent to the exercise of testamentary jurisdiction under s. 44 of the *Indian Act* in relation to the estate of the late Alexander Canard. In her capacity as administratrix of the estate of her late husband, the respondent also commenced an action in the Court of Queen's Bench on July 6, 1970, against the same three defendants and against a fourth one.

The respondent then commenced against the appellants the action which gave rise to the present

administratrice, je suis d'accord avec les motifs de M. le juge Beetz pour décider que les tribunaux du Manitoba n'avaient pas juridiction à cet égard.

Dans les circonstances, je n'entends pas discuter de la validité des règlements établis en vertu de la *Loi sur les Indiens*, une question qui a à peine été mentionnée à l'audition devant cette Cour et je considère qu'il n'est pas nécessaire de me prononcer sur aucun autre point que ceux traités ci-dessus.

LE JUGE BEETZ—L'intimée est la veuve de feu Alexander Canard, un Indien de la réserve indienne du Fort Alexander N° 3 dans la province du Manitoba. Alexander Canard a été tué dans un accident de la circulation le 6 juillet 1969. Il est mort intestat.

Le 1^{er} décembre 1969, l'appellant William Barber Rees, surintendant du district indien de Clandeboye Fisher River, dans la province du Manitoba, a été nommé administrateur de la succession de Alexander Canard par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien conformément aux art. 42 et 43 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149, (maintenant S.R.C. 1970, c. I-6). A ce titre, il a, le 1^{er} mars 1970, intenté en Cour du Banc de la Reine du Manitoba une action en dommages-intérêts contre trois défendeurs relativement à l'accident qui avait causé la mort de Alexander Canard.

Le 18 mars 1970, l'intimée a demandé et obtenu l'émission de lettres d'administration de la cour de vérification du district judiciaire de l'est du Manitoba. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien n'avait pas consenti, suivant l'art. 44 de la *Loi sur les Indiens*, à ce que la cour de vérification exerce, relativement à la succession de Alexander Canard, sa juridiction en matière testamentaire. À titre d'administratrice de la succession de feu son mari, l'intimée a également intenté une action en Cour du Banc de la Reine le 6 juillet 1970 contre les trois mêmes défendeurs et contre un quatrième.

L'intimée a alors commencé contre les appelants l'action qui a donné lieu au pourvoi et qui soulève

appeal and which puts before us the issue we have to decide: which of the two administrators, if any, is the lawful one?

The respondent claims a judgment declaring that:

(a) Certain sections of the Indian Act dealing, among other matters, with the administration of the property of Indians who die intestate do not govern the administration of the estate of Alexander Canard because section 4 (3) of the Act provides that these sections do not apply to or in respect of any Indian who does not ordinarily reside on a reserve or on lands belonging to Her Majesty in right of Canada or a province; or

(b) Alternatively, if the Indian Act does apply, its sections 42, 43 and 44 relating to descent of property and the administration of estates of Indians are ultra vires of the Parliament of Canada and contrary to the principles of the Canadian Bill of Rights (1960) S.C. 8-9 Eliz. 11, Cap. 44, and the appointment of Appellant Rees made under these sections is contrary to natural justice and is null and void.

By way of counterclaim, appellants claim:

(a) A Declaratory Judgment declaring the Defendant, William Barber Rees, to be the lawful Administrator of the estate of Alexander Canard, deceased;

(b) A Declaratory Judgment declaring the appointment of Flora Canard as Administratrix of the estate of Alexander Canard, deceased, null and void;

(c) An Injunction restraining the Plaintiff from purporting to act for any purpose as Administratrix of the estate of Alexander Canard, deceased;

(d) An Order for the impoundment of the Letters of Administration purporting to appoint Flora Canard as Administratrix of the estate of Alexander Canard, deceased, and all certified copies thereof.

The action was tried by Matas J. of the Manitoba Court of Queen's Bench on the basis of an agreed statement of facts filed by the parties and some portions of which I have already paraphrased. The rest of the agreed statement of facts reads as follows:

9. The late Alexander Canard and Mrs. Canard, the Plaintiff commenced to reside on the reserve in the year 1964. In that year they had intermittent residence on the reserve. Mr. Canard and the Plaintiff have made their home on the Reserve since late in 1964. They

la question que nous avons à trancher: lequel des deux administrateurs, s'il en est, est le bon?

L'intimée demande qu'il soit déclaré que:

[TRADUCTION] a) Certains articles de la Loi sur les Indiens traitant, entre autres, de l'administration des biens des Indiens morts intestats ne régissent pas l'administration de la succession de Alexander Canard parce que le par. (3) de l'art. 4 de la Loi prévoit que ces articles ne s'appliquent à aucun Indien, ni à l'égard d'aucun Indien, ne résidant pas ordinairement dans une réserve ou sur des terres qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province; ou

b) Subsidiairement, si la Loi sur les Indiens s'applique, les articles 42, 43 et 44 traitant de la transmission de biens par droit de succession et de l'administration des successions des Indiens sont ultra vires du Parlement du Canada et contraires aux principes de la Déclaration canadienne des droits (1960) S.C. 8-9 Eliz. II, chap. 44, et la nomination de l'appelant Rees faite en vertu de ces articles est contraire à la justice naturelle et est nulle et sans effet.

Par demande reconventionnelle, les appelants demandent:

[TRADUCTION] a) Un jugement déclarant le défendeur, William Barber Rees, l'administrateur légal de la succession de feu Alexander Canard;

b) Un jugement déclarant nulle et sans effet la nomination de Flora Canard comme administratrice de la succession de feu Alexander Canard;

c) Une injonction empêchant la demanderesse d'agir à quelque fin que ce soit à titre d'administratrice de la succession de feu Alexander Canard;

d) Une ordonnance enjoignant la confiscation des lettres d'administration nommant Flora Canard administratrice de la succession de feu Alexander Canard ainsi que de toutes les copies certifiées de ces lettres.

Le procès a été entendu par M. le juge Matas de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba à partir d'un exposé des faits adopté et produit par les parties, et dont j'ai déjà repris certains éléments. Le reste de l'exposé se lit comme suit:

[TRADUCTION] 9. Feu Alexander Canard et M^{me} Canard, la demanderesse, ont commencé à résider dans la réserve en 1964. Au cours de cette année-là, ils y ont résidé de façon intermittente. Depuis la fin de 1964, M. Canard et la demanderesse ont leur demeure dans la

resided on the Reserve from that time until the date of Mr. Canard's death. In the month of October, 1967 a house was built for Mr. and Mrs. Canard on the Reserve and they occupied it as their home until the date of Mr. Canard's death and Mrs. Canard has continued to live in the house and still resides there.

10. In the summer of 1967 and 1968, Mr. Canard was employed for several weeks each summer as a helper on a farm at St. Andrews Manitoba, and on those occasions the Canard family would move into the bunkhouse on the farm, complete the work to be done, and then move back to the Reserve.

11. In the year 1969, Mr. Canard was again employed on the same farm, but had moved his family to the farm and commenced his employment only two days before his death. After his death Mrs. Canard moved back to the house on the Reserve.

The first question to be decided is whether the late Alexander Canard who, at the time of his death, resided on a farm at St. Andrews, did not ordinarily reside on the Fort Alexander Indian Reserve. If he did not, the provisions of the *Indian Act* relating to descent of property, wills, appeals, distribution of property on intestacy (ss. 42 to 50 of the Act) and to some other matters, would not, under s. 4 (3) of the Act, govern the administration of his estate. Section 4 (3) reads as follows:

Sections 114 to 123 and, unless the Minister otherwise orders, sections 42 to 52 do not apply to or in respect of any Indian who does not ordinarily reside on a reserve or on lands belonging to Her Majesty in right of Canada or a province.

The laws of Manitoba would then govern this matter.

Matas J. of the Manitoba Court of Queen's Bench found that

... Canard was ordinarily resident, with his family, on the farm at St. Andrews in Manitoba for the period during which he worked there. He was ordinarily resident on the reserve the rest of the time. When Canard died, he was not ordinarily resident on the reserve.

He accordingly issued a declaration that ss. 42 to 44 of the *Indian Act* did not govern the adminis-

réserve où ils ont résidé jusqu'au décès de M. Canard. Au mois d'octobre 1967, une maison a été construite sur la réserve pour M. et M^{me} Canard qui l'ont occupée comme leur demeure jusqu'au décès de M. Canard et M^{me} Canard a continué à vivre dans cette maison et elle y réside encore.

10. Au cours des étés de 1967 et 1968, M. Canard a travaillé durant plusieurs semaines comme garçon de ferme à St. Andrews (Manitoba). La famille Canard déménageait alors dans une dépendance de la ferme, effectuait le travail à faire, et retournait ensuite à la réserve.

11. En 1969, M. Canard fut de nouveau engagé sur la même ferme, mais il n'a déménagé avec sa famille sur la ferme et commencé son travail que deux jours avant sa mort. Après le décès, M^{me} Canard est revenue dans la maison de la réserve.

La première question à décider est de savoir si feu Alexander Canard, qui, au moment de sa mort, résidait sur une ferme à St. Andrews, ne résidait pas ordinairement dans la réserve indienne de Fort Alexander. S'il n'y résidait pas ordinairement, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à la transmission de biens par droit de succession, aux testaments, aux appels, à la distribution des biens ab intestat (articles 42 à 50 de la Loi), et à quelques autres sujets, ne régiraient pas, en vertu du par. (3) de l'art. 4 de la Loi, l'administration de sa succession. Le par. (3) de l'art. 4 se lit comme suit:

Les articles 114 à 123 et, sauf si le Ministre en ordonne autrement, les articles 42 à 52 ne s'appliquent à aucun Indien, ni à l'égard d'aucun Indien, ne résidant pas ordinairement dans une réserve ou sur des terres qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

Les lois du Manitoba devraient alors s'appliquer.

M. le juge Matas de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a conclu que

[TRADUCTION] ... Canard résidait ordinairement avec sa famille sur la ferme à St. Andrews au Manitoba au cours de la période où il y travaillait. Il résidait ordinairement dans la réserve le reste du temps. Lorsque Canard est décédé, il ne résidait pas ordinairement dans la réserve.

Il déclara par conséquent que les art. 42 à 44 de la *Loi sur les Indiens* ne régissaient pas l'adminis-

tration of Canard's estate, and that the appointment of appellant Rees was invalid. He dismissed the counterclaim. Because of his finding on the first issue, Matas J. refrained from expressing a view on the other questions.

However, on this first issue, he was overruled by a unanimous judgment of the Court of Appeal. Dickson J.A., as he then was, speaking for the Court, had this to say on the meaning of the words "ordinarily reside on a reserve":

The words "ordinarily resident" have been judicially considered in many cases, principally income tax cases or matrimonial causes. Among the former: *Thomson v. Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209, in which Rand J. said p. 224: "It is held to mean residence in the course of the customary mode of life of the person concerned, and it is contrasted with special or occasional or casual residence"; *Levene v. Inland Revenue Comrs.*, [1928] A.C. 217 in which Viscount Cave said, p. 225: "... I think that it connotes residence in a place with some degree of continuity and apart from accidental or temporary absences". Among the latter: *Stransky v. Stransky*, [1954] 2 All E.R. 536, in which Karminsky J. applied the test, p. 541: "where was the wife's real home?" Perdue J.A., of this Court, in *Emperor of Russia v. Proskouriakoff* (1908), 18 M.R. 56 at p. 72, held that the words "ordinarily resident" simply meant where the person had "his ordinary or usual place of living".

Applying any of these tests it would seem to me that at the time of his death Alexander Canard was ordinarily resident on the reserve. He normally lived there, with some degree of continuity. His ordinary residence there would not be lost by temporary or occasional or casual absences.

When one seeks to interpret the phrase "ordinarily resident" within the context of the *Indian Act* one is reinforced in the view which I have expressed. Section 77 (1) of the Act gives a band member "ordinarily resident on a reserve" the right to vote for the chief of the band and for councillors. Parliament could not have intended that an Indian would lose such voting rights, and lose the right to have his children schooled pursuant to ss. 114 *et seq.* if he left the reserve during the summer months to guide or gather wild rice or work on a nearby farm.

tration de la succession de Canard et que la nomination de l'appelant Rees était nulle. Il a rejeté la demande reconventionnelle. En raison de sa conclusion sur la première question en litige, M. le juge Matas s'est abstenu d'exprimer un avis sur les autres questions.

Sur cette première question, sa décision a toutefois été infirmée par un arrêt unanime de la Cour d'appel. M. le juge Dickson, alors juge de la Cour d'appel, parlant au nom de la Cour, a fait les commentaires suivants sur le sens des mots «réside ordinairement dans une réserve»:

[TRADUCTION] Les mots «résidant ordinairement» ont été étudiés dans plusieurs arrêts, surtout dans des affaires fiscales ou matrimoniales. Parmi les arrêts de la première catégorie: *Thompson c. Le ministre du Revenu national*, [1946] R.C.S. 209 où le juge Rand déclarait à la p. 224: «Il est jugé qu'ils signifient résidence selon le mode de vie habituel de la personne visée en opposition avec une résidence particulière, occasionnelle ou temporaire»; *Levene v. Inland Revenue Comrs.*, [1928] A.C. 217 où le vicomte Cave déclarait à la p. 225: «... Je crois qu'il implique la notion de résidence dans un endroit avec un certain degré de continuité, abstraction faite d'absences accidentelles ou temporaires». Parmi ceux de la seconde catégorie: *Stransky v. Stransky*, [1945] 2 All E.R. 536 où M. le juge Karminsky a appliqué le critère, à la p. 541: «Quel était le véritable domicile de l'épouse?» M. le juge Perdue de cette cour, dans l'arrêt *Emperor of Russia v. Proskouriakoff* (1908), 18 M.R. 56 à la p. 72, a décidé que les mots «résidant ordinairement» signifient simplement là où la personne a «sa demeure ordinaire ou habituelle».

Si j'applique l'un de ces critères, il me semble qu'au moment de son décès Alexander Canard résidait ordinairement dans la réserve. Il y demeurait avec un certain degré de continuité. Des absences temporaires, occasionnelles ou accidentelles ne lui feraient pas perdre sa résidence ordinaire à cet endroit.

L'interprétation des mots «résidant ordinairement» dans le contexte de la *Loi sur les Indiens* renforce l'opinion que je viens d'exprimer. Le par. (1) de l'art. 77 de la Loi donne à un membre d'une bande «qui réside ordinairement dans une réserve» le droit de vote à l'élection du chef de la bande et des conseillers. Le Parlement n'a pu vouloir qu'un Indien perde son droit de vote et le droit que ses enfants soient instruits conformément aux articles 114 *sq.* s'il quitte la réserve durant les mois d'été pour agir comme guide ou pour faire la cueillette du riz sauvage ou pour travailler sur une ferme voisine.

The words "ordinarily resident" as used in s. 77 of the Act have been interpreted by Order in Council SOR/54-425, P.C. 1954-1367, which establishes Rules Governing Band Elections, a subject covered in more general terms in s. 77 of the Act. Admittedly rules contained in Regulations affecting one section of the Act do not govern the meaning to be given to the words in a different section of the Act. However, I am content to adopt the rules found in those Regulations as appropriate for guidance in interpreting the words "ordinarily resident" as found in s. 4 (3) of the Act. Such rules accord with the general objects sought to be achieved by the *Indian Act* and there is the added advantage of maintaining consistency in the interpretation to be given to the words "ordinarily resident" whether in s. 77 or s. 4 (3) of the Act.

These rules read:

"3. The following rules apply to the interpretation of the words "ordinarily resident" in respect of all matters pertaining to the right of an elector to vote in an election:

(a) Subject to the other provisions of this section, the question as to where a person is or was ordinarily resident at any material time or during any material period shall be determined by reference to all the facts of the case;

(b) The place of ordinary residence of a person is, generally, that place which has always been, or which he had adopted as, the place of his habitation or home, whereto, when away therefrom, he intends to return and, specifically, where a person usually sleeps in one place and has his meals or is employed in another place, the place of his ordinary residence is where that person sleeps;

(c) A person can have one place of ordinary residence only, and he shall retain such place of ordinary residence until another is acquired;

(d) Temporary absence from a place of ordinary residence does not cause a loss or change of place of ordinary residence."

If one applies the foregoing rules, one would, I think, conclude that the late Mr. Canard was ordinarily resident on the Reserve.

I hold that the late Mr. Canard at the time of his death, although resident on the farm at St. Andrews, was ordinarily resident on the Fort Alexander Reserve, and therefore s. 4 (3) of the *Indian Act* does not apply.

Les mots «réside ordinairement» employés à l'art. 77 de la Loi ont été interprétés dans le décret DORS/54-425, C.P. 1954-1367 qui établit le règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens, dont l'art. 77 de la Loi traite de façon plus générale. Même s'il est admis que les dispositions d'un règlement visant un article de la Loi ne déterminent pas la signification à donner aux mots d'un autre article de la Loi on peut toutefois adopter les dispositions de ce règlement comme un guide approprié pour l'interprétation des mots «résidant ordinairement» du par. (3) de l'art. 4 de la Loi. Ces dispositions sont conformes au but général visé par la *Loi sur les Indiens* et il est préférable d'assurer une interprétation uniforme des mots «réside ordinairement» de l'art. 77, et «résidant ordinairement» du par. (3) de l'art. 4 de la Loi.

Ces dispositions se lisent comme suit:

«3. Les règles suivantes déterminent l'interprétation des expressions «réside ordinairement» «résidence ordinaire» en ce qui concerne toute matière qui relève du droit d'un électeur à voter à une élection:

a) Sous réserve des autres dispositions du présent article, la question de savoir où une personne réside ou résidait ordinairement à une époque déterminée ou pendant une période de temps déterminée doit être élucidée en se référant à toutes les circonstances du cas;

b) Le lieu de la résidence ordinaire d'une personne est en général l'endroit qui a toujours été ou qu'elle a adopté comme étant le lieu de son habitation ou de son domicile, où elle entend revenir lorsqu'elle s'en absente et, en particulier lorsqu'une personne couche habituellement dans un endroit et mange ou travaille dans un autre endroit, le lieu de sa résidence ordinaire est celui où la personne couche;

c) Une personne ne peut avoir qu'un seul lieu de résidence ordinaire, et elle ne peut le perdre sans en acquérir un autre;

d) L'absence temporaire du lieu de résidence ordinaire n'entraîne ni la perte ni le changement du lieu de résidence ordinaire.»

Si on applique les règles ci-dessus, on conclut, selon moi, que feu M. Canard résidait ordinairement dans la réserve.

Je conclus que feu M. Canard au moment de son décès, bien que résidant sur la ferme à St-Andrews, résidait ordinairement dans la réserve de Fort Alexander et que par conséquent le par. (3) de l'art. 4 de la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas.

On this point, I agree with the Court of Appeal. There is little I can add to the reasons given by Dickson J.A. except perhaps that while it may be possible for a person to have more than one residence, still, in contradistinction to what is out of the ordinary, the words "ordinary" or "ordinarily", unless the context indicates otherwise, do convey a meaning of uniqueness. In this instance where ss. 42 to 51 of the *Indian Act* constitute a veritable code of laws relating to descent of property, wills and intestacy, applicable to Indians, as opposed to provincial laws, the context is more than compatible with the uniqueness of the ordinary residence. It would be a surprising result if the distribution of the late Alexander Canard's property were to take place in accordance with the intestacy laws of Manitoba rather than under the *Indian Act* simply because Mr. Canard sought summer employment on a farm, established a temporary residence outside the reserve and happened to die during this period. It could not have been intended that the laws governing the descent of property of an Indian should vary with such casual migrations outside the reserve.

The next point is whether ss. 41 to 44 of the *Indian Act*, apart from the question of the effect upon them of the *Canadian Bill of Rights*, are *ultra-vires* of the Parliament of Canada. This point has not been pressed before us but it appears to have been fully argued before the Court of Appeal which dealt with it in some detail. The respondent and the intervenants refer to it in their factums. The respondent's factum submits that "matters testamentary are property and civil rights" and that "the administration of the estate is therefore a disposition of property and civil rights".

It might be useful that ss. 42 to 44 be quoted in full, together with s. 47. They are as follows:

DESCENT OF PROPERTY

42. (1) Unless otherwise provided in this Act, all jurisdiction and authority in relation to matters and

Sur ce point, je partage l'opinion de la Cour d'appel. Il y a peu à ajouter aux motifs de M. le juge Dickson, sauf peut-être que même si une personne peut avoir plus d'une résidence, il reste que, par contraste avec ce qui sort de l'ordinaire, les mots «ordinaire» ou «ordinairement» impliquent sûrement l'unicité à moins que le contexte ne fournisse des indications contraires. En l'espèce, où les art. 42 à 51 de la *Loi sur les Indiens* constituent un véritable code relatif à la transmission de biens par droit de succession, aux testaments et successions ab intestat applicable aux Indiens, par opposition aux lois provinciales, le contexte est plus que compatible avec le caractère unique de la résidence ordinaire. Il serait surprenant que la distribution des biens de feu Alexander Canard se fasse conformément aux lois relatives aux successions ab intestat du Manitoba plutôt qu'en vertu de la *Loi sur les Indiens*, simplement parce que M. Canard a cherché un emploi sur une ferme durant l'été, qu'il a établi une résidence temporaire à l'extérieur de la réserve et qu'il est décédé durant cette période. On ne peut pas avoir voulu que les lois relatives à la transmission des biens d'un Indien par droit de succession puissent varier avec pareilles migrations temporaires hors de la réserve.

La question suivante est de savoir si les art. 41 à 44 de la *Loi sur les Indiens* sont *ultra vires* du Parlement du Canada, abstraction faite de l'effet que peut avoir sur eux la *Déclaration canadienne des droits*. On n'a pas insisté sur ce point devant nous, mais il semble avoir fait l'objet d'un débat complet devant la Cour d'appel qui en traite avec assez de détails. L'intimée et les intervenants en parlent dans leur factum. Dans son factum, l'intimée prétend que [TRADUCTION] «les matières testamentaires relèvent de la propriété et des droits civils» et que «par conséquent l'administration de la discussion est une disposition relative à la propriété et aux droits civils».

Il pourrait être utile de citer au complet les art. 42 à 44, ainsi que l'art. 47. Ces articles se lisent comme suit:

TRANSMISSION DE BIENS PAR DROIT DE SUCCESSION

42. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi, les juridiction et autorité sur les matières et causes

causes testamentary, with respect to deceased Indians, is vested exclusively in the Minister, and shall be exercised subject to and in accordance with regulations of the Governor in Council.

(2) The Governor in Council may make regulations for providing that a deceased Indian who at the time of his death was in possession of land in a reserve shall, in such circumstances and for such purposes as the regulations prescribe, be deemed to have been at the time of his death lawfully in possession of that land.

(3) Regulations made under this section may be made applicable to estates of Indians who died before, on or after the 4th day of September 1951.

43. Without restricting the generality of section 42, the Minister may

(a) appoint executors of wills and administrators of estates of deceased Indians, remove them and appoint others in their stead;

(b) authorize executors to carry out the terms of the wills of deceased Indians;

(c) authorize administrators to administer the property of Indians who die intestate;

(d) carry out the terms of wills of deceased Indians and administer the property of Indians who die intestate; and

(e) make or give any order, direction or finding that in his opinion it is necessary or desirable to make or give with respect to any matter referred to in section 42.

44. (1) The court that would have jurisdiction if the deceased were not an Indian may, with the consent of the Minister, exercise, in accordance with this Act, the jurisdiction and authority conferred upon the Minister by this Act in relation to testamentary matters and causes and any other powers, jurisdiction and authority ordinarily vested in that Court.

(2) The Minister may direct in any particular case that an application for the grant of probate of the will or letters of administration shall be made to the court that would have jurisdiction if the deceased were not an Indian, and the Minister may refer to such court any question arising out of any will or the administration of any estate.

(3) A court that is exercising any jurisdiction or authority under this section shall not without the consent in writing of the Minister enforce any order relating to real property on a reserve.

47. (1) A decision of the Minister made in the exercise of the jurisdiction or authority conferred upon him

testamentaires relatives à des Indiens décédés sont dévolues au Ministre exclusivement et doivent être exercées sous réserve et en conformité de règlement établis par le gouverneur en conseil.

(2) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements stipulant qu'un Indien décédé qui, au moment de son décès, était en possession de terres dans une réserve, sera réputé, en telles circonstances et à telles fins que prescrivent les règlements, avoir été légalement en possession desdites terres au moment de son décès.

(3) Les règlements prévus par le présent article peuvent être rendus applicables aux successions des Indiens morts avant ou après le 4 septembre 1951 ou à cette date.

43. Sans restreindre la généralité de l'article 42, le Ministre peut

a) nommer des exécuteurs de testaments et des administrateurs de successions d'Indiens décédés, révoquer ces exécuteurs et administrateurs et les remplacer;

b) autoriser des exécuteurs à donner suite aux termes des testaments d'Indiens décédés;

c) autoriser des administrateurs à gérer les biens d'Indiens morts intestat;

d) réaliser les stipulations des testaments d'Indiens décédés et administrer les biens d'Indiens morts intestat; et

e) donner tout ordre ou instruction ou établir toute conclusion qu'il juge nécessaire ou désirable à l'égard de quelque matière mentionnée à l'article 42.

44. (1) Du consentement du Ministre, la cour qui aurait juridiction si la personne décédée n'était pas un Indien peut exercer, en conformité de la présente loi, la juridiction et l'autorité que la présente loi confère au Ministre à l'égard des matières et des causes testamentaires, ainsi que tous autres pouvoirs, juridiction et autorité ordinairement dévolus à cette cour.

(2) Dans tout cas particulier, le Ministre peut ordonner qu'une demande en vue d'obtenir l'homologation d'un testament ou l'émission de lettres d'administration soit présentée à la cour qui aurait juridiction si la personne décédée n'était pas un Indien. Il a la faculté de soumettre à cette cour toute question que peut faire surgir un testament ou l'administration d'une succession.

(3) Une cour qui exerce quelque juridiction ou autorité sous le régime du présent article ne doit pas, sans le consentement écrit du Ministre, mettre à exécution une ordonnance visant des biens réels sur une réserve.

47. (1) Une décision rendue par le Ministre dans l'exercice de la juridiction ou de l'autorité que lui con-

by section 42, 43 or 46 may, within two months from the date thereof, be appealed by any person affected thereby to the Exchequer Court of Canada, if the amount in controversy in the appeal exceeds five hundred dollars or if the Minister consents to an appeal.

(2) The judges of the Exchequer Court may make rules respecting the practice and procedure governing appeals under this section.

The Court of Appeal, Dickson J.A. speaking on its behalf, took the view, on the basis of previous authority, that ss. 42 *et seq.*, and more particularly ss. 42 to 44 come strictly within the class of subjects of "Indians, and Lands reserved for the Indians" upon which Parliament has exclusive legislative authority under s. 91(24) of the *British North America Act, 1867*, and that this included the property and civil rights of Indians and therefore wills, devolution of estates and surrogate procedures.

Dickson J.A. added:

Counsel for Mrs. Canard argued that if ss.42 *et seq.* are within Head 24, of s.91 of the *British North America Act, 1867*, they are none the less invalid for the reason that they effect an ouster of the jurisdiction of a provincial court. They do indeed effect such an ouster but there is ample authority to the effect that Parliament has the right to establish courts having exclusive jurisdiction in a field that is within the jurisdiction of Parliament and to oust the jurisdiction of provincial courts in that field. The only question is whether the words by which that object is sought to be achieved are apt for the purpose. As long ago as 1879 in *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R.1, Taschereau J. said, p. 75:

"... cannot Parliament, in virtue of sec. 101 of the act create new courts of criminal jurisdiction, and enact that all crimes, all offences shall be tried exclusively before these new courts? I take this to be beyond controversy."

and at p. 76:

"I also think it clear, that Parliament can say for instance, that all judicial proceedings on promissory notes and bills of exchange shall be taken before the Exchequer Court or before any other Federal Court. This would be certainly interfering with the jurisdiction of the Provincial Courts. But, I hold that it has

fère l'article 42, 43 ou 46 peut être portée en appel devant la Cour de l'Échiquier du Canada dans les deux mois de cette décision, par toute personne y intéressée, si la somme en litige dans l'appel dépasse cinq cents dollars ou si le Ministre consent à un appel.

(2) Les juges de la Cour de l'Échiquier peuvent établir des règles sur la pratique et la procédure régissant les appels selon le présent article.

Au nom de la Cour d'appel, M. le juge Dickson exprime l'opinion, se fondant sur les autorités antérieures, que les art. 42 *sq.*, et plus particulièrement les art. 42 à 44, tombent exactement dans la catégorie de sujets «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens», sur laquelle le Parlement dispose d'une compétence législative exclusive en vertu de l'art. 91.24 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, et que cette catégorie comprend la propriété et les droits civils des Indiens et par conséquent leurs testaments, leurs successions et les procédures relatives à leurs testaments et successions.

M. le juge Dickson ajoute:

[TRADUCTION] L'avocat de M^{me} Canard prétend que si les articles 42 *sq.* tombent sous la rubrique 24 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, ils sont toutefois nuls pour le motif qu'ils ont pour effet de retirer sa juridiction au tribunal provincial. Il y a effectivement retrait de juridiction mais une jurisprudence abondante reconnaît le pouvoir du Parlement d'établir des tribunaux ayant juridiction exclusive sur une matière qui est de sa compétence et d'exclure cette matière de la juridiction des tribunaux provinciaux. La seule question est de savoir si le texte employé pour ce faire est de nature à produire cet effet. Déjà en 1879, dans l'arrêt *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S.1, le juge Taschereau déclarait à la p. 75:

«... le Parlement ne peut-il pas, en vertu de l'art. 101 de l'Acte, créer des nouveaux tribunaux de juridiction criminelle et décréter que tous les crimes et toutes les infractions seront jugés exclusivement par ces nouveaux tribunaux? Je considère qu'il n'y a aucun doute à ce sujet.»

et à la p. 76:

[TRADUCTION] «Je crois aussi qu'il est évident que le Parlement peut déclarer par exemple que toutes les procédures judiciaires relatives aux billets à ordre et aux lettres de change devront être intentées devant la Cour de l'Échiquier ou devant toute autre cour fédérale. Ceci constituerait certainement un empiètement

the power to do so *quoad all matters within its authority.*"

Section 101 of the *British North America Act, 1867*, provides that the Parliament of Canada may from time to time provide for the establishment of any additional courts for the better administration of the laws of Canada and Parliament has in the past acted under this power in establishing the Income Tax Appeal Board, Admiralty Courts, Bankruptcy Courts, Labour Board, Immigration Appeal Board and the like.

Dickson J.A. mentioned several authorities supporting the validity of the ouster of provincial courts' jurisdiction in federal matters. He concluded:

Counsel then submitted that if ouster of jurisdiction is possible, there is nevertheless a distinction between transferring jurisdiction from one court to another court or to a Board, and transferring it from a court to a Minister of the Crown; that the former may be within the federal power but the latter is not. I cannot accept this argument. Acting within the area of its legislative competence Parliament may limit or oust the jurisdiction of a provincial court and give the jurisdiction which would otherwise reside within that court to a federal court or to a federal board or, if Parliament so wishes, to a Minister of the Crown.

I am satisfied that in enacting ss. 42 *et seq.* of the *Indian Act*, Parliament was acting within the powers given to Parliament by the *British North America Act, 1867*.

We are not called upon to decide the constitutional validity of ss. 42 *et seq.* in all their substantive and jurisdictional ramifications. Yet, for the purposes of this case, I find myself in agreement with the general propositions that testamentary matters and causes with respect to deceased Indians come within the class of subjects of "Indians and Lands reserved for the Indians" and that Parliament can constitutionally oust the jurisdiction of provincial courts in these as well as in other federal matters and vest it in a federal agency, subject perhaps to an obvious qualification: while Parliament has the power to establish courts for the administration of the laws of Canada, it does not necessarily follow that it can clothe a Minister, or any official or board of a non-judicial nature

sur la juridiction des tribunaux provinciaux, mais je conclus qu'il a ce pouvoir à l'égard de toutes les matières relevant de sa compétence.»

L'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, prévoit que le Parlement du Canada pourra, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet d'établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada et le Parlement a, dans le passé, agi en vertu de ce pouvoir pour établir la Commission d'appel de l'impôt, des cours d'amirauté, des cours ayant juridiction en matière de faillite, le Conseil des relations du travail, la Commission d'appel de l'immigration et autres tribunaux semblables.

M. le juge Dickson cite plusieurs précédents à l'appui de la validité du retrait aux tribunaux de juridiction provinciale des matières de compétence fédérale. Il conclut ainsi:

[TRADUCTION] L'avocat a alors soutenu que, si le retrait de juridiction est possible, il existe néanmoins une distinction entre le transfert de juridiction d'un tribunal à un autre ou à une commission et le transfert d'un tribunal à un ministre de la Couronne et que le premier pouvait être du ressort du pouvoir fédéral mais non pas le dernier. Je ne puis admettre cet argument. Lorsque le Parlement demeure dans les limites de sa compétence législative, il peut restreindre ou supprimer la juridiction d'un tribunal provincial et conférer cette juridiction soit à un tribunal ou une commission fédérale ou, si telle est la volonté du Parlement, à un ministre de la Couronne.

Je suis convaincu qu'en adoptant les articles 42 *sq.* de la *Loi sur les Indiens*, le Parlement légiférait dans les limites de la compétence qui lui est conférée par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

Nous n'avons pas à décider de la constitutionnalité des art. 42 *sq.* dans toutes leurs conséquences sur les questions de fond et de juridiction. Cependant, aux fins de la présente affaire, je suis d'accord avec les propositions générales suivantes: les affaires testamentaires et les matières relatives aux Indiens décédés relèvent de la catégorie de sujets «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens»; de plus la Constitution permet au Parlement d'exclure ces matières comme les autres matières fédérales de la juridiction des tribunaux provinciaux et de les confier à un organisme fédéral, sous réserve peut-être d'une exception évidente: bien que le Parlement ait le pouvoir d'établir des tribunaux pour l'administration des lois du Canada, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il peut revêtir un

with all the functions of a superior court; the powers of Parliament are limited by the wording of s. 101 of the *British North America Act, 1867*, as well as by the federal and fundamental nature of the Constitution which implies an inherent and entrenched jurisdiction in the courts to adjudicate in constitutional matters.

However, the power to appoint an administrator of the estate of persons who have died without leaving a will is not one which must necessarily be assigned to a court. Historically, it is derived from the royal prerogative. It belonged to the King, as *parens patriae* and general trustee of the kingdom and was at first exercised by the King's ministers. It has long been exercised by ecclesiastical courts until by statute it was vested in the Courts of Probate in England, in 1857, and earlier in some of the colonies: the Probate and Surrogate Courts of Ontario, for instance, date from 1793 but were apparently presided by the Governor. (R. E. Kingsford, *Executors and Administrators*, 2nd ed., Toronto, 1914; A. R. Ingpen, *Executors and Administrators*, Canadian edition, Toronto, 1909, pp. 94 and ff.; Parry, *The Law of Succession*, 6th ed., 1972, London, pp. 170 and ff.; *Blackstone's Commentaries*, Book II, c. XXXII). It may also be noted, as a matter of historical curiosity, that in 1867, 1869 and 1872 the Commissions of the first three Governors-General after Confederation, expressly authorized them to exercise all such powers as the Queen was entitled to exercise in Canada "in respect of granting Licences of Marriage, Letters of Administration and Probate of Wills". This power is quasi-administrative in its purpose. It involves a substantial degree of discretion although such discretion must be exercised judicially. In a matter of exclusive federal competence, such as "Indians and Lands reserved for the Indians" there is nothing unconstitutional in Parliament excluding the authority of provincial courts over this subject and bestowing it upon a Minister, particularly if it makes it subject to a form of judicial control as is provided by s. 47 of the *Indian Act*.

ministre, un fonctionnaire ou une commission de caractère non judiciaire de toutes les attributions d'une cour supérieure; les pouvoirs du Parlement sont limités par le texte de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, aussi bien que par le caractère fédéral et fondamental de la Constitution selon laquelle les tribunaux ont une juridiction inhérente leur permettant de trancher les questions constitutionnelles.

Toutefois, le pouvoir de nommer un administrateur à la succession de personnes décédées sans testament n'est pas un pouvoir qui doit être nécessairement conféré à un tribunal. Historiquement, ce pouvoir découle de la prérogative royale. Il appartenait au Roi, à titre de *parens patriae* et de curateur général du royaume, et il a d'abord été exercé par les ministres du Roi. Il a longtemps été exercé par les tribunaux ecclésiastiques jusqu'à ce qu'une loi l'attribue aux cours de vérification en Angleterre, en 1857, et auparavant dans quelques colonies: par exemple, les cours de vérification et d'homologation de l'Ontario remontent à 1793 mais elles étaient apparemment présidées par le gouverneur. (R. E. Kingsford, *Executors and Administrators*, 2^e éd., Toronto, 1914; A. R. Ingpen, *Executors and Administrators*, Édition canadienne, Toronto, 1909, pp. 94 sq.; Parry, *The Law of Succession* 6^e éd. 1972, London, pp. 170 sq.; *Blackstone's Commentaries*, Livre II, c. XXXII). On peut aussi signaler, à titre de curiosité historique, qu'en 1867, 1869 et 1872, les trois premiers gouverneurs-généraux nommés après la Confédération étaient expressément habilités à exercer tous les pouvoirs que la Reine avait le droit d'exercer au Canada [TRADUCTION] «relativement aux dispenses de bancs, aux lettres d'administration et à l'homologation des testaments». En raison de son but, ce pouvoir est quasi administratif. Il comporte un degré important de discrétion bien que celle-ci doive être exercée de façon judiciaire. Dans une matière de compétence exclusivement fédérale telle «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens», il n'y a rien d'inconstitutionnel dans le fait que le Parlement retire aux tribunaux provinciaux leur juridiction sur ce sujet et la confère à un ministre, particulièrement s'il la subordonne à une forme de surveillance judiciaire comme l'art. 47 de la *Loi sur les Indiens* le prévoit.

The third question to be decided is whether the impugned sections of the *Indian Act*, (ss. 42, 43 and 44) are in conflict with the *Canadian Bill of Rights*.

The Court of Appeal held that s. 43 of the *Indian Act* is "inoperative to the extent that, in violation of the *Bill of Rights* guaranteeing the right to equality before the law without discrimination by reason of race, it denies Mrs. Canard administration of the estate of her late husband".

It will have been noted that the Court of Appeal rendered its judgment after *Regina v. Drybones*¹⁶, but before the decision of this Court in *A.G. of Canada v. Lavell* and *Isaac et al v. Bédard*¹⁷. In both these cases as in the present one, the impact of the *Canadian Bill of Rights* upon certain provisions of the *Indian Act* had to be assessed. More particularly, the complex notion that every individual has the right to equality before the law and the protection of the law without discrimination by reason of race or sex had to be explored in its relationship with Indian status.

Status has been defined in various ways. The *Shorter Oxford Dictionary* describes it as:

... the legal standing or position of a person as determined by his membership of some class of persons legally enjoying certain rights or subject to certain limitations.

Narrower legal definitions of status have been proposed such as that of R. H. Graveson, in *Status in the Common Law*, 1953, p. 2:

... a special condition of a continuous and institutional nature, differing from the legal position of the normal person, which is conferred by law and not purely by the act of the parties, whenever a person occupies a position of which the creation, continuance or relinquishment and the incidents are a matter of sufficient social or public concern.

The legislative history of the western world has recognized a great diversity of status among which

La troisième question à décider est de savoir si les articles attaqués de la *Loi sur les Indiens*, (les art. 42, 43 et 44), viennent en conflit avec la *Déclaration canadienne des droits*.

La Cour d'appel a décidé que l'art. 43 de la *Loi sur les Indiens* est [TRADUCTION] «inopérant dans la mesure où, en violation de la *Déclaration des droits* garantissant le droit à l'égalité devant la Loi sans discrimination en raison de la race, il ne permet pas à M^{me} Canard d'administrer la succession de son mari décédé».

Il convient de remarquer que la Cour d'appel a rendu jugement après l'arrêt *La Reine c. Drybones*¹⁶, mais avant l'arrêt de cette Cour dans *Procureur général du Canada c. Lavell* et *Isaac et al. v. Bédard*¹⁷. Dans ces deux arrêts, comme en l'espèce, l'effet de la *Déclaration canadienne des droits* sur certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* a dû être examiné. Plus particulièrement, la notion complexe selon laquelle tout individu a droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi quels que soient sa race ou son sexe a dû être étudiée en regard du statut de l'Indien.

Le terme «statut» a été défini de diverses façons. Le *Shorter Oxford Dictionary* le décrit comme étant:

[TRADUCTION] ... la situation juridique ou la condition d'une personne telle que déterminée par son appartenance à quelque catégorie de personnes jouissant en vertu de la loi de certains droits ou soumises à certaines restrictions.

Des définitions juridiques plus étroites ont été proposées comme celle de R. H. Graveson dans *Status in the Common Law*, 1953, p. 2:

[TRADUCTION] ... une condition spéciale d'un caractère continu et institutionnel, différente de la position juridique de la personne ordinaire, qui est conférée par la loi et non simplement par la volonté des parties, toutes les fois qu'une personne est dans une position dont la création, la continuité ou l'abolition ainsi que les incidences intéressent suffisamment la société ou le public.

L'histoire du droit occidental reconnaît une grande variété de statut dont celui de la femme

¹⁶ [1970] S.C.R. 282.

¹⁷ [1974] S.C.R. 1349.

¹⁶ [1970] R.C.S. 282.

¹⁷ [1974] R.C.S. 1349.

those of married women, infants, aliens, villeins, nobles, slaves, outlaws, merchants, illegitimate children, lunatics, bankrupts, clerics, etc. Flowing from status are special rights, duties, privileges or incapacities which are the consequences of status and which are sometimes called its incidents. While, conceivably, status can be considered apart from its incidents, it may be difficult to do so in many instances lest a particular status be emptied of any significant content.

The principle of equality before the law is generally hostile to the very nature of status and it is no easy task to reconcile the two in Canada when the one is enshrined in a quasi-constitutional statute and the other forms part of the fundamental law of the land. This the Courts have attempted to do in *Drybones* and *Lavell*.

I take the following principles to be settled by the decision of this Court in *R. v. Drybones*¹⁸.

(1) The *Canadian Bill of Rights* is more than a canon of interpretation, the terms of which would give way to any contrary legislative intent. It renders inoperative any law of Canada that cannot be construed and applied so that it does not abrogate, abridge or infringe one of the rights and freedoms recognized by the Bill, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Bill, and it confers upon the Courts the responsibility to declare any such law inoperative.

(2) Equality before the law without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex does not simply mean equality with every other person within the class to whom a particular law relates: such a meaning would render possible all forms of prohibited discrimination so long as the other members of a class were also being discriminated against in the same way.

mariée, celui du mineur, celui de l'étranger, celui du serf, celui du noble, celui de l'esclave, celui du hors-la-loi, celui du commerçant, celui de l'enfant illégitime, celui de l'aliéné, celui du failli, celui du clerc, etc. Du statut découlent des droits, devoirs, privilèges ou incapacités particuliers qui en sont les conséquences et que l'on appelle parfois ses incidents. Bien qu'il soit concevable d'exprimer un statut en faisant abstraction de ses incidences, cela peut s'avérer difficile en plusieurs cas de crainte de vider un statut particulier de tout contenu véritable.

Le principe de l'égalité devant la loi va généralement à l'encontre de l'idée même de statut et il n'est pas facile de concilier les deux au Canada lorsque l'un est consacré dans une loi de portée quasi constitutionnelle et que l'autre fait partie du droit fondamental du pays. C'est ce que les tribunaux ont tenté de faire dans *Drybones* et *Lavell*.

Je considère que dans l'arrêt *R. v. Drybones*¹⁸, cette Cour a établi les principes suivants:

(1) La *Déclaration canadienne des droits* est plus qu'une règle d'interprétation dont les dispositions laisseraient le champ libre à toute mesure législative visant un effet contraire. Elle rend inopérante toute loi du Canada qui ne peut pas être interprétée et appliquée sans supprimer, restreindre ou enfreindre un des droits ou libertés reconnus dans la Déclaration, sauf un acte du Parlement du Canada spécifiant qu'il s'appliquera nonobstant la Déclaration, et elle confère aux tribunaux la responsabilité de déclarer pareille loi inopérante.

(2) L'égalité devant la loi sans discrimination en raison de la race, de l'origine nationale, de la couleur, de la religion ou du sexe ne signifie pas simplement l'égalité avec toutes les autres personnes de la catégorie visée par une loi particulière: une telle signification rendrait possible toutes les formes de discrimination interdite dans la mesure où les autres personnes de la catégorie visée seraient aussi victimes de la même forme de discrimination.

¹⁸ [1970] S.C.R. 282.

¹⁸ [1970] R.C.S. 282.

(3) An Indian is being denied equality before the law contrary to the *Canadian Bill of Rights* if it is made an offence punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without committing any offence or being made subject to any penalty.

These principles were reaffirmed in this Court by eight judges out of nine in the *Lavell* case. (Pigeon J. took the position that he could not disagree with the view he had expressed in *Drybones*).

Considering the division of opinion in *Lavell*, it is admittedly difficult, if it is possible, to formulate the *ratio decidendi* of the case. Still, in the light of the opinion of Ritchie J. whose conclusions are those of the majority, I understand *Lavell* to have primarily decided that Parliament must not be deemed to have subjected to the *Canadian Bill of Rights* the authority vested upon it under s. 91 (24) of the *British North America Act, 1867*, exclusively to make laws for "Indians and Lands reserved for the Indians", in so far as this authority, being of a special nature, could not be effectively exercised without the necessarily implied power to define who is and who is not an Indian and how Indian status is acquired or lost. In so defining Indian status, Parliament could, without producing conflict with the *Canadian Bill of Rights*, establish between various sorts of inter-marriages, such distinctions as could reasonably be regarded to be inspired by a legitimate legislative purpose in the light for instance of long and uninterrupted history.

Laskin J., as he then was, whose opinion was concurred in by three other judges, took the view that the *Canadian Bill of Rights* "does not differentiate among the various heads of legislative power" and that "it embraces all exercises under whatever head or heads they arise".

(3) Un Indien est privé de l'égalité devant la loi contrairement à la *Déclaration canadienne des droits* si un acte qui, pour ses concitoyens canadiens n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction, constitue pour lui, à cause de sa race, une infraction punissable en justice.

Huit des neuf juges de cette Cour ont réaffirmé ces principes dans l'affaire *Lavell* (M. le juge Pigeon a adopté la position qu'il ne pouvait être en désaccord avec ce qu'il avait dit dans *Drybones*).

Compte tenu des avis partagés dans *Lavell*, il est difficile admettons-le, si c'est possible, d'énoncer la *ratio decidendi* de l'arrêt. Tout de même, à la lumière de l'opinion de M. le juge Ritchie qui exprime les motifs de la majorité, je comprends que *Lavell* a principalement décidé que le Parlement n'a pas voulu assujettir à la *Déclaration canadienne des droits* la compétence exclusive qui lui était assignée par l'art. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, de légiférer relativement aux Indiens et aux terres réservées pour les Indiens, dans la mesure où cette compétence, qui est d'un caractère spécial, ne pourrait être effectivement exercée sans que le Parlement possède implicitement le pouvoir nécessaire de déterminer qui est un Indien et qui ne l'est pas et de quelle façon le statut d'Indien est acquis ou perdu. En définissant le statut d'Indien, le Parlement peut, sans entrer en conflit avec la *Déclaration canadienne des droits*, établir parmi les différentes catégories de mariages entre Indiens et non-Indiens des distinctions de nature telle qu'elles puissent raisonnablement être considérées avoir été inspirées au législateur par un but législatif légitime à la lumière par exemple d'une tradition ancienne et continue.

M. le juge Laskin, alors juge puîné, avec qui trois autres juges sont d'accord, est d'avis que la *Déclaration canadienne des droits* «ne distingue pas entre les diverses catégories de pouvoirs législatifs» et qu'«elle embrasse l'exercice de tous les pouvoirs législatifs, quelle que soit la catégorie de chacun.»

The *British North America Act, 1867*, under the authority of which the *Canadian Bill of Rights* was enacted, by using the word "Indians" in s. 91(24), creates a racial classification and refers to a racial group for whom it contemplates the possibility of a special treatment. It does not define the expression "Indian". This Parliament can do within constitutional limits by using criteria suited to this purpose but among which it would not appear unreasonable to count marriage and filiation and, unavoidably, intermarriages, in the light of either Indian customs and values which, apparently were not proven in *Lavell*, or of legislative history of which the Court could and did take cognizance.

Of course, it is possible to legislate in several ways with respect to Indians without impinging upon the principle of equality and other principles incorporated in the *Canadian Bill of Rights*, and this is a point which has also been made by Laskin J. in *Lavell* where he wrote that "discriminatory treatment on the basis of race or colour or sex does not inhere in that grant of legislative power". Nevertheless, it is not easy so to legislate irrespective of race or sex when it is race which has to be defined and, assuming it were possible if one were to start afresh, it may be next to practically impossible so to do for an already existing group which has been sociologically and legislatively defined since before Confederation. The alternative would appear to have been the abolition of the present Indian status or of any Indian status. A very real issue also in *Lavell* was not only whether a fundamental change in Indian status could be done for one or two individuals, on an *ad hoc* basis and without risk of social disruption but whether, as a matter of principle, it should be done on a possibly large scale, in one stroke, (since the courts are without much power to insure transitory stages for any reform that they be called to bring about), regardless of local wishes, desires or preparation. What was decided in *Lavell* finally was that some exclusive rights or privileges such as registration or registrability and the use and benefit of the reserves can be made incidents of Indian status without conflict with the *Canadian Bill of Rights*.

En employant le mot «Indien» dans l'art. 91(24), l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, sous l'empire duquel la *Déclaration canadienne des droits* a été adoptée, crée une catégorie raciale et il vise un groupe racial pour lequel il envisage la possibilité d'un traitement particulier. Il ne définit pas le terme «Indien», ce que le Parlement peut faire dans les limites de la Constitution en décrétant les normes appropriées. Parmi ces normes, il n'apparaîtrait pas déraisonnable d'inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens, à la lumière soit des coutumes et des valeurs indiennes dont apparemment on n'a pas fait la preuve dans *Lavell*, soit de l'historique de la législation dont la cour pouvait prendre connaissance et dont elle a effectivement pris connaissance.

On peut évidemment légiférer de différentes façons à l'égard des Indiens sans porter atteinte au principe d'égalité et aux autres principes incorporés dans la *Déclaration canadienne des droits*, ce qui est également signalé par M. le juge Laskin dans *Lavell* lorsqu'il écrit que «le traitement discriminatoire fondé sur la race, la couleur et le sexe n'est pas inhérent à l'attribution de ce pouvoir législatif». Néanmoins, il n'est pas facile de légiférer sans tenir compte de la race ou du sexe lorsqu'il s'agit précisément de définir la race. Dans l'hypothèse où ce serait possible en commençant à neuf, cela serait presque impossible en pratique à l'égard d'un groupe qui existe déjà et qui a été légalement et socialement défini avant même la Confédération. L'autre solution semblerait l'abolition du statut actuel d'Indien ou de tout statut d'Indien. Une autre question qui se posait dans *Lavell* n'était pas simplement de savoir si une modification fondamentale au statut d'Indien peut être faite *ad hoc*, pour un ou deux individus, et sans risquer un bouleversement de l'ordre social mais si, par principe, la modification devrait se faire en grand et d'un seul coup, (étant donné le pouvoir limité des cours d'assurer l'accomplissement progressif des réformes qu'elles peuvent être appelées à instaurer), sans tenir compte de la préparation, des désirs et des aspirations des intéressés. Dans *Lavell*, on a finalement décidé que des droits et privilèges exclusifs comme l'enregistrement ou le droit à l'enregistrement, ainsi que le

But it is to be noted that these incidents are intimately connected with Indian status. They are not remote or indirect incidents. Registration is the administrative instrumentality whereby Indian status is acknowledged and the right to the exclusive use of the reserve is a necessarily incidental consequence of the idea that certain lands are "reserved" for the Indians.

The issue in *Lavell* is commonly taken to be that of discrimination by reason of sex and, admittedly, it was an essential part of it. However, it was not simply a matter of discriminating between men and women, but of distinguishing between married men and married women, Indian married men and Indian married women, and an Indian male married to a non-Indian woman, and an Indian female married to a non-Indian male. Whether or not it compounded the discrimination, as Laskin J. put it, it certainly did not simplify the problem. But, through and above the question of sex and marriage, what was really at stake was the present Indian status and some of its unseverable incidents.

By contrast, it is not evident that the litigious question in *Drybones* had to do with Indian status or even with the incidents of Indian status. *Drybones*, in the light of *Lavell*, may be rationalized in more than one way: for instance either the attaching of a particular consequence to Indian status could not be characterized as a provision in pith and substance relating to Indians and lands reserved for the Indians but as the use of other federal powers such as the power to enact penal laws for the promotion of temperance and the prevention of drunkenness which would not stand on the same footing vis-à-vis the *Canadian Bill of Rights* as the power to make laws for Indians and lands reserved for the Indians; or, assuming a particular consequence of Indian status could be said to pertain to "Indian" legislation, it would not be beyond the reach of the *Canadian Bill of Rights*, if it was so remote or indirect an incident as not to be indispensable to the effective exercise

droit à l'usage et au profit des réserves peuvent constituer des incidences du statut d'Indien sans aller à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits*. Mais il faut signaler que ces incidences sont intimement liées au statut d'Indien. Elles ne sont ni lointaines ni indirectes. L'enregistrement est le moyen utilisé par l'administration pour reconnaître le statut Indien et le droit à l'usage exclusif de la réserve est une incidence découlant nécessairement de la notion selon laquelle certaines terres sont «réservées» pour les Indiens.

La discrimination en raison du sexe est généralement considérée comme la question en litige dans *Lavell* et, il faut l'admettre, elle en faisait essentiellement partie. Toutefois, il ne s'agissait pas simplement d'une question de discrimination entre hommes et femmes, mais de distinction entre hommes mariés et femmes mariées, entre Indiens mariés et Indiennes mariées, et entre un Indien marié à une non-Indienne et une Indienne mariée à un non-Indien. Qu'il y ait là ou non aggravation de la discrimination, comme le dit M. le juge Laskin, cela ne simplifie certes pas le problème. Mais au-delà de la question de sexe et de mariage, ce qui était réellement en jeu était le statut actuel de l'Indien et quelques-unes de ses incidences inséparables.

Au contraire, il n'est pas clair que la question en litige dans *Drybones* ait été liée au statut d'Indien ou même aux incidences du statut d'Indien. *Drybones*, à la lumière de *Lavell*, peut être expliqué de plus d'une façon: par exemple, ou bien le rattachement d'un effet particulier au statut d'Indien peut ne pas être qualifié comme une disposition véritablement et essentiellement reliée aux Indiens et aux terres réservées pour les Indiens mais plutôt comme l'exercice d'un autre pouvoir fédéral, tel celui d'édicter des lois pénales pour favoriser la tempérance et prévenir l'ivrognerie, pouvoir qui ne se situerait pas, vis-à-vis la *Déclaration canadienne des droits*, sur un même pied que celui d'adopter des lois relatives aux Indiens et aux terres réservées pour les Indiens; ou bien, dans l'hypothèse où un effet particulier du statut d'Indien pourrait être considéré du ressort de la législation relative aux Indiens, il n'échapperait pas à l'emprise de la *Déclaration canadienne des droits*

of the federal power under 91(24) of the *British North America Act, 1867*. In any event, it was made clear in *Drybones* that Parliament could not, without conflict with the *Canadian Bill of Rights*, purport to attach just any consequence to Indian status.

The present case differs from both *Drybones* and *Lavell*. What is in issue is neither the definition of Indian status nor, directly at least, the attachment of some incapacity to Indian status, such as testamentary incapacity.

Some arguments were addressed to us on this point tending to show that the *Indian Act* does not "virtually vitiate the testamentary capacity of Indians" as had been said in the Court of Appeal. However, the case was not fully argued on such a broad basis and I do not propose to deal with it in this manner. This would be unnecessary since the point we have to answer is a narrower one and is, in any event, severable from the rest of the impugned sections of the *Indian Act*: we are not confronted with a will, for this is a case of intestacy, nor with the question of distribution of property on intestacy. The questions before us are whether the vesting in the Minister of certain parts of the administration of the *Indian Act*, of itself, creates some inequality incompatible with the *Canadian Bill of Rights* and whether, in this particular instance, the *Indian Act* has actually been administered in conformity with the principles of the *Canadian Bill of Rights*.

In bestowing upon a Minister rather than upon a provincial Surrogate Court the power to appoint an administrator to the estate of a deceased Indian, the *Indian Act* evidently creates for Indian estates a forum which differs from the forum which would be competent in other testamentary causes. But in my view, the establishment of a special forum does not of itself entail a form of undue discrimination. If it were otherwise, Parliament, by enacting the *Canadian Bill of Rights*, would have purported to bind itself not to exercise *at all*, except in accordance with the manner and

s'il constituait une incidence tellement éloignée ou indirecte qu'elle ne soit pas nécessaire à l'exercice effectif de la compétence fédérale en vertu de l'art. 91.24 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. De toute façon, il découle clairement de *Drybones* que le Parlement ne peut pas, sans entrer en conflit avec la *Déclaration canadienne des droits*, prétendre pouvoir donner n'importe quel effet au statut d'Indien.

La présente affaire diffère à la fois de *Drybones* et de *Lavell*. Ce qui est en litige n'est pas la définition du statut d'Indien ni, du moins directement, le rattachement au statut d'Indien de quelque forme d'incapacité, comme celle de tester.

Sur ce point, on nous a fait valoir certains arguments cherchant à démontrer que la *Loi sur les Indiens* n'a pas pour effet [TRADUCTION] «d'annuler virtuellement la capacité de tester des Indiens», comme on l'a dit en Cour d'appel. Toutefois, l'affaire n'a pas été complètement débattue sur une base aussi générale et je n'ai pas l'intention d'en traiter de cette façon. Ce ne serait pas nécessaire puisque la question à laquelle nous devons répondre est plus étroite et, de toute façon, elle peut être isolée du reste des articles contestés de la *Loi sur les Indiens*: nous n'avons affaire ni à un testament, puisqu'il s'agit d'une succession ab intestat, ni à la distribution des biens de l'intestat. Il s'agit de savoir si l'attribution au Ministre de l'administration de certaines parties de la *Loi sur les Indiens* crée en soi quelque inégalité incompatible avec la *Déclaration canadienne des droits* et si, en l'espèce, la *Loi sur les Indiens* a effectivement été administrée en conformité des principes de la *Déclaration canadienne des droits*.

En conférant à un ministre plutôt qu'à une cour provinciale de vérification la compétence de nommer un administrateur de la succession d'un Indien décédé, la *Loi sur les Indiens* établit nécessairement pour les successions des Indiens un *forum* autre que celui qui serait compétent en matières testamentaires pour les non-Indiens. Mais à mon avis, l'établissement d'un *forum* particulier ne constitue pas en soi une forme de discrimination indue. S'il en était autrement, le Parlement, en adoptant la *Déclaration canadienne des droits*, se serait par ce fait obligé de n'exercer *aucunement*,

form prescribed by the *Canadian Bill of Rights*, a power which it solely possesses under the Constitution, namely the power to create a forum for the administration of its laws and more particularly a forum for the administration of testamentary matters and causes with respect to deceased Indians. Such a consequence would be tantamount to an amendment of the *British North America Act, 1867*. It would also be contrary to the decision of this Court in *Lavell* with this difference that *Lavell* dealt with a matter of substantive law whereas the respondent in this case complains that she is being denied access to a provincial Court and that the determination of some of her rights depends upon the Minister. Furthermore, the power bestowed upon the Minister by the *Indian Act* to appoint administrators of Indian estates, given its nature and history, is a power perfectly capable of being exercised by him in a judicial or quasi-judicial manner, under judicial control, in accordance with the due process of law and with standards applicable to other Canadians as well as with all the requirements of the *Canadian Bill of Rights*.

I see nothing in ss. 42 and 43 of the *Indian Act* which prevents the Minister from exercising in this manner the surrogate power devolved upon him. To be more specific, there is nothing in ss. 42 and 43 of the *Indian Act*, the way I read them, which prevents the Minister on account of the respondent's race, from authorizing her to administer the estate of her late husband, and nothing which deprives the respondent from the capacity to receive such authorization. The Act empowers the Minister to appoint anyone, including the respondent. In other words, if the respondent has been the victim of racial discrimination, such discrimination was administrative in nature; it does not flow from the *Indian Act*. The *Indian Act* in this respect is capable of being construed and applied so as to provide for Indians a treatment similar to that reserved for their fellow Canadians. Accordingly, it is not in conflict with the *Canadian Bill of Rights* and no part of it ought to be declared inoperative for the purpose of this case.

sauf dans la forme indiquée par la *Déclaration canadienne des droits*, un pouvoir qu'en vertu de la Constitution il possède seul, savoir le pouvoir d'établir un *forum* pour administrer ses lois et plus particulièrement un *forum* pour l'administration des affaires testamentaires relatives aux Indiens décédés. Une telle conséquence équivaudrait à un amendement à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Ce serait aussi contraire à la décision de cette Cour dans *Lavell* sauf que cette dernière traite de règles de fond tandis que l'intimée en l'espèce se plaint qu'on lui refuse l'accès à une cour provinciale et que la détermination de quelques-uns de ses droits dépend du Ministre. De plus, le pouvoir que la *Loi sur les Indiens* confère au Ministre de nommer des administrateurs de successions d'Indiens est, compte tenu de sa nature et de son histoire, un pouvoir que celui-ci peut parfaitement exercer d'une manière judiciaire ou quasi-judiciaire, sous la surveillance des tribunaux, conformément à l'application régulière de la loi et aux critères applicables aux autres Canadiens ainsi qu'à toutes les exigences de la *Déclaration canadienne des droits*.

Je ne vois rien dans les art. 42 et 43 de la *Loi sur les Indiens* qui empêche le Ministre d'exercer de cette façon à l'égard des testaments et successions le pouvoir qui lui a été dévolu. Pour être plus précis, il n'y a rien dans les art. 42 et 43 de la *Loi sur les Indiens*, de la façon dont je les interprète, qui empêche le Ministre d'autoriser l'intimée, en raison de sa race, à administrer la succession de feu son mari, et il n'y a rien qui restreint la capacité de l'intimée d'être ainsi autorisée. La Loi donne au Ministre le pouvoir de nommer n'importe qui, y compris l'intimée. En d'autres mots, si l'intimée a été victime, de discrimination raciale, cette discrimination est de nature administrative, elle n'est pas inhérente à la *Loi sur les Indiens*. La *Loi sur les Indiens* peut à cet égard s'interpréter et s'appliquer de manière que les Indiens soient traités de la même façon que leurs concitoyens canadiens. Par conséquent, elle ne va pas à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits* et aucune partie de la Loi ne doit être déclarée inopérante aux fins de cette affaire.

Although under the *Indian Act* the respondent was capable of being appointed administratrix of her late husband's estate by the Minister, the fact remains that she was not. The outstanding question is whether the Act has been applied in accordance with the principle of equality before the law.

The sections of the federal statute we are concerned with relate to the administration of a private estate a matter which, were it not for the fact that this estate is that of a deceased Indian, would normally fall under provincial jurisdiction. Accordingly, in a case such as the present one, in order to determine whether the principle of equality before the law has been complied with in the administration of federal law (or, in other words, whether an Indian is not deprived of a right generally recognized to other Canadians), some reference to the standards of provincial laws and practices may be unavoidable as there is no other basis for comparison except perhaps the ordinances of the Yukon and the Northwest Territories, which, under the *Canadian Bill of Rights*, are laws of Canada. It could be argued that a reference to such a variety of standards might entail complications and variations in the administration of the *Indian Act* across Canada and, indeed, I do not wish to suggest that Parliament, in legislating on testamentary matters and causes with respect to Indians, or the Minister, in administering the *Indian Act*, are bound to follow all provincial enactments and practices over which they have no control in any event: this they might not be able to do, they might not find desirable to do and, in my view, they are not required to do in order to comply with the *Canadian Bill of Rights*. But there may well emerge from the variety of provincial laws on these matters a body of general rules common to all or to many provinces, which for want of other criteria and as a sort of *jus gentium* is susceptible to provide general minimum standards to which reference can be made for the purpose of deciding how the principle of equality can be safeguarded.

A proposition to which I cannot subscribe in its generality however is one which has been put to us by appellants and according to which Indians are

Même si en vertu de la *Loi sur les Indiens* l'intimée pouvait être nommée par le Ministre administratrice de la succession de feu son mari, le fait demeure qu'elle ne l'a pas été. La question qui reste est de savoir si la Loi a été appliquée conformément au principe de l'égalité devant la loi.

Les articles de la loi fédérale en cause traitent de l'administration de la succession d'un particulier, une matière qui, n'était le fait que cette succession est celle d'un Indien, serait normalement de compétence provinciale. Par conséquent, dans un cas comme celui-ci, pour déterminer si le principe de l'égalité devant la loi a été respecté dans l'application de la loi fédérale (ou, en d'autres mots, si un Indien a été privé d'un droit généralement reconnu aux autres Canadiens), on ne peut faire autrement que de se référer de quelque façon aux critères des lois et pratiques provinciales puisqu'il n'y a pas d'autre point de comparaison, sauf peut-être les ordonnances du Yukon et des territoires du Nord-Ouest qui, selon la *Déclaration canadienne des droits*, sont des lois du Canada. On pourrait prétendre qu'un renvoi à des critères aussi variés peut entraîner des complications et des variations à travers le pays dans l'administration de la *Loi sur les Indiens*. Effectivement, je ne veux pas suggérer que le Parlement, lorsqu'il légifère sur les matières et causes testamentaires relatives aux Indiens, ou que le Ministre, lorsqu'il administre la *Loi sur les Indiens* devraient suivre toutes les lois et règles de pratique provinciales sur lesquelles ils n'ont de toute façon aucun contrôle: ceci, ils ne pourraient peut-être pas le faire ni vouloir le faire et, à mon avis, ils ne sont pas obligés de le faire pour se conformer à la *Déclaration canadienne des droits*. Mais il peut ressortir des différentes lois provinciales sur ces matières un ensemble de règles générales communes à toutes les provinces ou à plusieurs d'entre elles, ce qui, faute d'autres critères et comme une sorte de *jus gentium*, est susceptible de suggérer des normes générales minima sur lesquelles il est possible de se fonder en vue de déterminer comment sauvegarder le principe d'égalité.

Une proposition que je ne peux toutefois pas accepter telle quelle est celle mise de l'avant par les appelants et en vertu de laquelle les Indiens ne

not placed in a position of inequality provided they are treated equally vis-à-vis other Canadians "who are also subject to federal law". Whatever else may be meant by this proposition it would appear to me that, when applied to Indians, it would allow all sorts of discriminations provided all Indians were being equally discriminated against; this would be contrary to the decision of this Court in *Drybones*.

It was argued on behalf of the appellants that no one had a "right" to be appointed administrator of an estate. But this is not a reasoning I would be prepared to entertain: under normal circumstances, and according to rules in force in most provinces, the respondent, as widow of the deceased, had every reason to expect the appointment.

In Manitoba more particularly, the matter is governed by the *Surrogate Courts Act*, R.S.M. 1970, c. C290, s. 31, which provides that:

Where, by reason of special circumstances, it appears to the court to be expedient to grant administration to some person other than the person who, if this Act had not been passed, *would be entitled to a grant*, the court, in its discretion, may grant administration to him upon the giving of such security, if any, as the court directs; and such administration so granted may be limited as the court thinks fit.

(Italics are mine.)

Some person is therefore "entitled" to be granted the administration of the estate when the deceased dies intestate, and that person, according to 21 Henry VIII, c. 5, s. 2, is "the widow of the same person deceased, or . . . the next of his kin, or . . . both, as by the discretion of the . . . Ordinary shall be thought good".

Such "entitlement" may not be a right, strictly speaking, but I would be prepared to regard it as having colour of right and as not being capable of frustration unless good cause be shown why it should be defeated, and unless it be defeated by a judicially exercised discretion.

In referring to the *Manitoba Surrogate Courts Act* and to the statute of 21 Henry VIII, c. 5, I

sont pas victimes d'inégalité dans la mesure où ils sont traités également vis-à-vis les autres Canadiens [TRADUCTION] «qui sont aussi assujettis aux lois fédérales». Quel que soit le sens de cette proposition, elle m'apparaît, lorsqu'on l'applique aux Indiens, permettre tous les genres de discrimination dans la mesure où celle-ci s'exerce également contre tous les Indiens; ce serait contraire à la décision de cette Cour dans *Drybones*.

Les appelants ont soutenu que personne n'a le «droit» d'être nommé administrateur d'une succession. Ce n'est pas là un raisonnement que je serais prêt à accepter. Dans des circonstances normales, et selon les dispositions en vigueur dans la plupart des provinces, l'intimée, à titre de veuve du défunt, avait tout lieu de s'attendre d'être nommée administratrice.

Plus particulièrement au Manitoba, la question est régie par le *Surrogate Courts Act*, R.S.M. 1970, c. C290, art. 31, qui prévoit que:

[TRADUCTION] Lorsque, en raison de circonstances spéciales, le tribunal juge opportun de confier l'administration à une personne autre que celle qui, si cette loi n'avait pas été adoptée, *aurait été fondée à obtenir l'administration*, le tribunal peut, à sa discrétion, lui confier l'administration sur dépôt d'une garantie, s'il y a lieu, que le tribunal peut prescrire; et le tribunal peut limiter, comme il le juge à propos, l'administration ainsi accordée.

(J'ai mis des mots en italiques.)

Il y a par conséquent une personne qui «est fondée» à obtenir l'administration de la succession d'un intestat, et cette personne, en vertu de 21 Henry VIII, c. 5, art. 2 est [TRADUCTION] «la veuve du défunt ou . . . son parent le plus proche ou . . . les deux selon ce que l'Ordinaire croit avantageux . . . à sa discrétion».

Un tel «fondement» peut ne pas être un droit, strictement parlant, mais je serais prêt à considérer qu'il a couleur de droit et qu'il ne peut être écarté à moins que l'on fasse valoir de bonnes raisons pour passer outre et à moins qu'il n'y soit passé outre en vertu d'une discrétion exercée de façon judiciaire.

En renvoyant au *Manitoba Surrogate Court Act* et à la loi 21 Henry VIII, c. 5, je ne veux pas dire

should not be taken to mean that the Minister was bound by the *Canadian Bill of Rights* to adhere to all the provisions of such laws which, again, I quote as purely illustrative of a relatively general practice.

I do not believe either that the laws of Manitoba govern the matter under s. 88 of the *Indian Act*. This section reads as follows:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

In my view, the appointment of an administrator to the estate of an Indian who has died intestate is a matter for which "provision is made" by ss. 42, 43 and 44 of the *Indian Act*; this matter accordingly, does not come under s. 88.

The reasons why the respondent was not appointed administratrix by the Minister are not before us. In the course of argument, the question was asked as to what was the practice of the Department of Indian Affairs and Northern Development in these matters. But counsel for the appellants could not enlighten us. We could not be told whether an Indian widow or widower had ever been appointed once to be administrator of his spouse's estate, or whether the practice is common or unheard of and what the reasons are for such a practice whatever it is.

It may be that the reasons why Mrs. Canard was not appointed administratrix of her late husband's estate are to be found in the Regulations made pursuant to s. 42 of the *Indian Act* (SOR/55-285, P.C. 1955-1083). Their relevant provisions are as follows:

2. In these regulations,

(b) "administrator" means a person appointed by the Minister to administer the property of deceased Indians and includes a person who by reason of his office, is instructed to initiate or conclude the administration of an estate;

que le Ministre devait, en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, suivre toutes les dispositions de ces lois: je les cite seulement en exemple d'une pratique relativement générale.

Je ne crois pas non plus que selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les lois du Manitoba régissent cette question. Cet article se lit comme suit:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

A mon avis, la nomination d'un administrateur à la succession d'un Indien mort intestat est une question «prévue» aux art. 42, 43 et 44 de la *Loi sur les Indiens*; par conséquent, cette question ne ressortit pas à l'art. 88.

Nous ne connaissons pas les raisons pour lesquelles le Ministre n'a pas nommé l'intimée administratrice. Au cours de la plaidoirie, on a demandé quelle était la pratique du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien en ce domaine. Mais l'avocat des appelants n'a pu nous éclairer. On a été incapable de nous dire si un Indien veuf ou une Indienne veuve avait déjà été nommé administrateur de la succession de son conjoint ou encore si la pratique était courante ou inconnue et quels étaient les motifs de la pratique quelle qu'elle fût.

Il est possible que les raisons pour lesquelles M^{me} Canard n'a pas été nommée administratrice de la succession de feu son mari soient contenues dans le règlement adopté en vertu de l'art. 42 de la *Loi sur les Indiens* (DORS/55-285, C.P. 1955-1083). Les dispositions pertinentes sont les suivantes:

2. Dans les présents règlements, l'expression

b) «administrateur» signifie une personne nommée par le Ministre pour gérer les biens des Indiens décédés et comprend une personne qui, en raison de ses fonctions, est chargée de commencer ou de terminer l'administration d'une succession;

4. (1) With the notice of death or as soon thereafter as possible, the Superintendent shall forward an itemized statement of inventory in the form prescribed, to the Minister, showing all the real and personal property of the deceased, the value of each item estimated as closely as possible, as well as all debts of or claims against the estate known at such time; names of all persons entitled to share in the estate and all such other information as may be required by the Minister.

(2) For all the purposes of this section, the Superintendent shall act in the capacity of an administrator and shall take all necessary steps for the proper safekeeping or safeguarding of the assets of the deceased and for the collection of moneys due or owing to the deceased and shall dispose of the moneys so collected or held as the Minister may direct.

6. With the application under section 5, or with the statement of inventory if there is no will, the Superintendent shall forward to the Minister an application for administration in the form prescribed.

11. (1) The Minister may appoint an officer of the Indian Affairs Branch to be the administrator of estates and to supervise the administration of estates and of all the assets of deceased Indians, and may provide that for the purposes of closing an estate the administration thereof be transferred to the Superintendent of the Reserve to which the deceased belonged.

(2) The administrator appointed pursuant to this section or the person acting as administrator in accordance with section 4 shall be responsible to the Minister for the proper preparation of the inventory, the giving of all notices and the carrying out of all inquiries and duties that may be necessary or be ordered with respect to any matter referred to in these regulations.

(14) Generally, an administrator shall have all such powers as are required for the carrying out of the duties herein specified, and shall carry out any order or direction and abide by any finding made or given by the Minister with respect to any matter and cause testamentary.

Read by themselves and apart from the Act, these Regulations would appear to give the Minister no choice, where an Indian died intestate, but to leave the administration of his estate to the officer of the Indian Affairs Branch appointed as

4. (1) Dès notification du décès ou le plus tôt possible après le reçu de cet avis, le surintendant doit faire parvenir au Ministre un état détaillé de l'inventaire en la forme prescrite, qui doit indiquer les biens meubles et immeubles du défunt, la valeur de chaque article appréciée aussi exactement que possible, et toutes les dettes de la succession et les réclamations des créanciers connues à ce moment-là. Le surintendant doit aussi déclarer dans cet état si le défunt a fait un testament et donner les noms de toutes les personnes ayant droit à une part de la succession et toute autre information pertinente que peut exiger le Ministre.

(2) Aux fins du présent article, le surintendant doit agir en qualité d'administrateur et prendre toutes les mesures qui s'imposent pour assurer la bonne garde ou protection des biens du défunt et le recouvrement des sommes dues ou exigibles et disposer des deniers recouvrés ou détenus, de la manière que détermine le Ministre.

6. Le surintendant doit envoyer au Ministre une demande en vue de l'administration d'une succession en la forme prescrite, avec la demande prévue à l'article 5, ou avec l'état de l'inventaire s'il n'existe pas de testament.

11. (1) Le Ministre peut nommer un fonctionnaire de la Division des affaires indiennes comme administrateur des successions et pour surveiller l'administration des successions et de tous les biens des Indiens décédés; afin de régler une succession, il peut autoriser que l'administration en soit transférée au surintendant de la réserve à laquelle appartenait la personne décédée.

(2) L'administrateur nommé conformément au présent article ou la personne qui agit en qualité d'administrateur en vertu de l'article 4 doit rendre compte au Ministre de la préparation adéquate de l'inventaire, de la signification de tous les avis et de l'exécution de toutes les enquêtes et fonctions qui peuvent s'imposer ou être ordonnées à l'égard de toute question mentionnée dans les présents règlements.

(14) En général, un administrateur doit avoir tous les pouvoirs nécessaires pour s'acquitter des fonctions spécifiées ci-dessus et doit exécuter les ordres ou instructions et maintenir toute conclusion établie ou donnée par le Ministre à l'égard de toute matière et cause testamentaires.

Ce règlement en lui-même, lu sans la Loi, semblerait ne donner au Ministre d'autre choix, lorsqu'un Indien meurt intestat, que de laisser l'administration de la succession au fonctionnaire de la Division des affaires indiennes qui a été nommé

the administrator of estates of deceased Indians or to direct that the administration of such an estate be transferred to the Superintendent of the Reserve to which the deceased belonged.

If that be the case, the effect of the Regulations would be to prevent all Indians in all circumstances from being appointed administrators of the estate of an Indian who died intestate and I would have grave doubts as to whether the Regulations are not *pro tanto* rendered inoperative by the *Canadian Bill of Rights*.

However, this would not deprive the Minister of his jurisdiction, which he could still exercise in a quasi-judicial manner and in accordance with the requirements of the *Canadian Bill of Rights*, and this would not validate Mrs. Canard's appointment by the Surrogate Court, if it were otherwise invalid.

Also, when the Regulations are read in conjunction with s. 44(2) of the Act, it would seem that Indians are not necessarily precluded from being appointed administrators since the Minister may direct that an application for letters of administration shall be made to the court that would have jurisdiction if the deceased were not an Indian. (It is to be noted, on the other hand, that a decision of the Minister under s. 44 of the Act is not one which s. 47 mentions as being appealable to the Federal Court).

None of these possible constructions and their consequences was discussed before us; the Regulations were hardly mentioned at all during the argument.

Be that as it may, in her statement of claim, the respondent alleges that she was not even notified of the appointment of appellant Rees as administrator by the Department of Indian Affairs and Northern Development. This forms no part of the agreed statement of facts and is denied in the appellant's counterclaim but it was taken for granted by the Court of Appeal.

While there might have been reasons why the respondent should not have been appointed administratrix, why another next of kin should not

administrateur des successions des Indiens décédés ou de transférer l'administration de cette succession au surintendant de la réserve à laquelle appartenait la personne décédée.

Si tel est le cas, l'effet du règlement serait d'empêcher tous les Indiens dans tous les cas d'être nommés administrateurs de la succession d'un Indien mort intestat et j'aurais de sérieux doutes sur la question de savoir si le règlement n'est pas pour autant rendu inopérant par la *Déclaration canadienne des droits*.

Cependant, cela ne priverait pas le Ministre de sa juridiction qu'il pourrait encore exercer d'une manière quasi judiciaire et en conformité des exigences de la *Déclaration canadienne des droits*; cela ne rendrait pas non plus valide la nomination de M^{me} Canard par le cour de vérification, si cette nomination est nulle par ailleurs.

De plus, lorsque le règlement est lu avec le par. (2) de l'art. 44 de la Loi, il semblerait que les Indiens ne sont pas nécessairement écartés de la nomination au poste d'administrateur puisque le Ministre peut ordonner qu'une demande de lettres d'administration soit présentée à la cour qui aurait juridiction si la personne décédée n'était pas un Indien. (En revanche, il faut signaler qu'une décision du Ministre en vertu de l'art. 44 de la Loi n'est pas une décision que l'art. 47 mentionne comme pouvant être portée en appel devant la Cour fédérale).

Aucune de ces interprétations possibles ni leurs conséquences n'ont été discutées devant nous; le règlement a été à peine mentionné au cours des plaidoiries.

Quoi qu'il en soit, l'intimée allègue dans sa déclaration qu'elle n'a même pas été avisée de la nomination de l'appellant Rees comme administrateur par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Ce fait ne figure pas dans l'exposé des faits adopté par les parties et il est nié dans la demande reconventionnelle de l'appellant; cependant, la Cour d'appel l'a tenu pour admis.

Bien qu'il y ait pu avoir des raisons de ne pas nommer l'intimée ou un autre proche parent administrateur et de nommer un fonctionnaire à leur

have been appointed either and why a public servant was appointed in their stead, yet, the respondent was judged capable of being so appointed by a court which is in the habit of deciding these matters.

Given all the circumstances of this case, I might have been inclined to form the opinion that the burden of showing cause why the respondent should not be appointed administratrix was a burden which rested upon the appellants: in view of their failure to discharge that burden, the appointment of appellant William Barber Rees could then have been deemed to have been made contrary to the principles of fundamental justice and to the *Canadian Bill of Rights* and the matter could have been referred back to the Minister for determination.

I am however prevented from taking this course by what appears to be an insuperable jurisdictional difficulty. Once it is conceded that the Minister has jurisdiction to appoint an administrator, the exercise of this jurisdiction can only be reviewed in accordance with the *Indian Act* and the *Federal Court Act* and not by the Courts of Manitoba. It is true that the latter's jurisdiction had not been questioned by the appellants, presumably because the action taken by the respondent challenged the constitutional validity and the operation of the *Indian Act* and the Manitoba Courts had jurisdiction to adjudicate upon this issue as well as upon appellants' counterclaim. The Courts of Manitoba could not on the other hand hear an appeal from the Minister's decision or otherwise review it. We sit in appeal from the decision of the Manitoba Court of Appeal and our own jurisdiction is limited to giving the judgment that it could and should have given, (*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 47), but not the one that could and should have been given had the issue been raised in the Federal Court.

As to the letters of administration issued to the respondent by the Surrogate Court of the Eastern Judicial District of Manitoba, their nullity makes no doubt. The Court which issued them was without jurisdiction to do so as this jurisdiction is

place, il reste que l'intimée a été jugée apte à être nommée administratrice par un tribunal qui a l'habitude de juger ces matières.

Vu toutes les circonstances de l'espèce, j'aurais pu être porté à croire qu'il incombait aux appelants de prouver pourquoi l'intimée ne devrait pas être nommée administratrice: étant donné qu'ils ne l'ont pas fait, la nomination de l'appelant William Barber Rees aurait pu alors être tenue pour contraire aux principes de justice fondamentale et à la *Déclaration canadienne des droits* et la question aurait pu être renvoyée au Ministre pour décision.

Cependant, un obstacle insurmontable sur le plan de la juridiction m'empêche d'adopter ce point de vue. Une fois admis que le Ministre est compétent pour nommer un administrateur, l'exercice de cette compétence ne peut être examiné que conformément à la *Loi sur les Indiens* et à la *Loi sur la Cour fédérale* et non par les tribunaux du Manitoba. Il est vrai que la juridiction de ces derniers n'a pas été mise en question par les appelants, probablement parce que l'action intentée par l'intimée contestait la constitutionnalité et l'application de la *Loi sur les Indiens* et que les tribunaux du Manitoba ont juridiction pour disposer de cette question aussi bien que de la demande reconventionnelle des appelants. En revanche, les tribunaux du Manitoba ne pouvaient pas entendre un appel à l'encontre d'une décision du Ministre ni examiner celle-ci de quelque façon. Nous entendons un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et notre propre juridiction se limite à prononcer l'arrêt qu'elle aurait pu ou aurait dû prononcer (*Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 47) mais non pas l'arrêt qui aurait pu ou qui aurait dû être rendu si la question avait été soumise à la Cour fédérale.

Quant aux lettres d'administration accordées à l'intimée par la cour de vérification du District judiciaire de l'est du Manitoba, il n'y a pas de doute qu'elles sont invalides. Le tribunal qui les a émises n'avait pas juridiction pour le faire puisque

vested exclusively in the Minister by ss. 42 and 43 of the *Indian Act* and could not, under s. 44, be exercised by the Surrogate Court without the consent of the Minister. This consent was not given.

I would allow the appeal, set aside the judgments of the Manitoba Court of Appeal and of the Manitoba Court of Queen's Bench, dismiss respondent's action and maintain appellants' counterclaim except para. (a) of their counterclaim on which I would refrain from expressing a view.

As to costs, we were informed that the Crown would pay the party and party costs of the respondent before this Court and would forego all costs in the lower Courts. I would so order.

Appeal allowed, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

Solicitor for the defendants, appellants: D. S. Thorson, Ottawa.

Solicitor for the plaintiff, respondent: William Rachman, Winnipeg.

la juridiction en cette matière est dévolue exclusivement au Ministre par les art. 42 et 43 de la *Loi sur les Indiens* et ne pouvait, en vertu de l'art. 44, être exercée par ce tribunal sans le consentement du Ministre. Ce consentement n'a pas été donné.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et le jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, de rejeter l'action de l'intimée et de maintenir la demande reconventionnelle des appelants sauf l'al. a) sur lequel je m'abstiens d'exprimer un point de vue.

Quant aux dépens, nous avons été avisés que le ministère public paierait les dépens de l'intimée devant cette Cour, applicables entre les parties, et qu'il renoncerait à tous les dépens devant les instances inférieures. J'émettrais une ordonnance en ce sens.

Pourvoi accueilli, le JUGE EN CHEF LASKIN et le JUGE SPENCE étant dissidents.

Procureur des défendeurs, appelants: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureur de la demanderesse, intimée: William Rachman, Winnipeg.

Frank Cotroni *Appellant*;

and

Attorney General of Canada *Respondent*.

1974: October 7; 1974: October 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Extradition—Extradition crimes—Conspiracy to import cocaine into the United States—Crime against the laws for the suppression of the traffic in narcotics—Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(1)(d).

The Federal Court of Appeal dismissed applicant's application for the cancellation of a warrant of committal under the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, following indictment by a Federal grand jury in the United States for violation of ss. 173 and 174 of Title 21, *United States Code*. This Court granted leave to appeal only on the question as to whether conspiracy to import a narcotic is an extradition crime within the *Extradition Act*. Appellant argued that this Court's jurisdiction under s. 31(3) of the *Federal Court Act* did not permit this Court to limit the grounds upon which an appeal might be argued and was limited to either granting or refusing such appeal. This Court pointed out that s. 31(3) of the *Federal Court Act* was to the same effect as s. 41(1) of the *Supreme Court Act* which provides that the Supreme Court has jurisdiction to grant leave to appeal only on the specific question of law set out in its order, and was subject to a similar course. Appellant submitted the argument that the charge of conspiracy to import a narcotic drug was not listed in Schedule I of the *Extradition Act*, and that even if he had been charged in Canada, he could have been charged only under s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

Held: The appeal should be dismissed.

The Supplementary Convention of 1925, which was added to the *Extradition Act* was an extradition arrangement; therefore, if the crime of conspiring to import a narcotic is a crime "against the laws for the suppression of the traffic in narcotics", it is a crime

Frank Cotroni *Appellant*;

et

Le Procureur Général du Canada *Intimé*.

1974: le 7 octobre; 1974: le 23 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Extradition—Crimes entraînant extradition—Complot visant importation de cocaïne aux États-Unis—Crime contre les lois relatives à la suppression du trafic des narcotiques—Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. E-21—Code criminel, S.R.C. 1970, c. 34, art. 423(1)(d).

La Cour fédérale d'appel a rejeté la demande du requérant visant à obtenir l'annulation d'un mandat d'incarcération en vertu de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, c. E-21, suite à une inculpation par un Grand Jury américain de complot en vue d'importer de la cocaïne aux États-Unis, contrairement aux art. 173 et 174 du Titre 21 du Code des États-Unis. L'appellant a obtenu l'autorisation d'appeler à cette Cour seulement sur la question de savoir si le complot visant l'importation d'un stupéfiant constitue un crime entraînant l'extradition aux termes de la *Loi sur l'extradition*. L'appellant a soulevé que la compétence de cette Cour aux termes de l'art. 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne lui permettait pas de limiter les moyens sur lesquels un appel peut être plaidé et se limitait soit à accorder soit à refuser la demande d'autorisation d'appeler. Cette Cour a fait remarquer que l'art. 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* était dans le même sens que l'art. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* qui confère à la Cour suprême la compétence d'accorder l'autorisation d'interjeter appel uniquement au regard de la question de droit précise énoncée dans son ordonnance et devait s'interpréter de la même façon. L'appellant prétend que l'accusation d'avoir comploté en vue d'importer un stupéfiant n'apparaît pas à l'annexe I de la *Loi sur l'extradition* et que même s'il était accusé au Canada, il pourrait l'être uniquement en vertu de l'art. 423(1)(d) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34.

Arrêt: L'appel doit être rejeté.

La Convention supplémentaire de 1925 ajoutée à la *Loi sur l'extradition* constitue une convention d'extradition; par conséquent si le crime de complot visant l'importation d'un stupéfiant représente un crime «contre les lois relatives à la suppression du trafic des narcotiques»,

within the definition of "extradition crimes" described in the Convention. This is the case here. It matters not that had the indictment been laid in Canada, it would have been laid under the *Criminal Code* or the *Narcotic Control Act*. The test is what is the essence of the crime charged.

Re Brisbois (1962), 133 C.C.C. 188, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ dismissing an application for cancellation of a warrant of committal. Appeal dismissed.

Kenneth C. Binks, Q.C., and *William J. Simpson*, for the appellant.

L. P. Landry, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal pronounced on January 25, 1974. The appellant applied to this Court for leave to appeal and set out therein several grounds of appeal which he wished to argue before this Court. This Court did not grant leave to appeal on any of those grounds but by its order pronounced on April 29, 1974, did grant leave to appeal upon the following question of law:

Is conspiracy to import a narcotic an extradition crime within the Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21?

At the opening of the argument of the appeal, counsel for the appellant sought to argue the other grounds set out in his application for leave to appeal and submitted that this Court's jurisdiction under s. 31(3) of the *Federal Court Act*, 1970 (Can.), c. 1, did not permit this Court to limit the grounds upon which an appeal might be argued and that this Court's jurisdiction upon such an application for leave to appeal was limited to either granting or refusing such leave. Section 31(3) of the *Federal Court Act* reads:

¹ [1974] 1 F.C. 36.

il tombe par ce fait même sous le coup de la définition des «crimes entraînant l'extradition» décrits dans la convention. C'est le cas ici. Il importe peu que l'inculpation, si elle avait été prononcée au Canada, l'aurait été en vertu du *Code criminel* ou de la *Loi sur les stupéfiants*. Le critère réside en la nature du crime qui fait l'objet de l'accusation.

Arrêt mentionné: *Re Brisbois* (1962), 133 C.C.C. 188.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédérale¹ rejetant une demande d'annulation d'un mandat d'incarcération. Appel rejeté.

Kenneth C. Binks, c.r., et *William J. Simpson*, pour l'appellant.

L. P. Landry, c.r., pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le présent appel est interjeté à l'encontre du jugement de la Cour d'appel fédérale prononcé le 25 janvier 1974. L'appellant a fait une demande à cette Cour en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel et il y a mentionné plusieurs moyens d'appel qu'il désirait faire valoir devant la Cour. Cette dernière a refusé d'accorder l'autorisation fondée sur un ou plusieurs de ces moyens mais elle a cependant accordé, par voie d'ordonnance qu'elle a rendue le 29 avril 1974, l'autorisation d'appeler sur la question de droit suivante:

Est-ce que le complot visant l'importation d'un stupéfiant constitue un crime entraînant l'extradition aux termes de la Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. E-21?

Le procureur de l'appellant a cherché, dès l'ouverture du débat concernant l'appel, à faire valoir les autres moyens énumérés dans sa demande d'autorisation d'appel et il a déclaré que la compétence de cette Cour, aux termes du par. (3) de l'art. 31 de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970 (Can.), c. 1, ne permettait pas à cette Cour de limiter les moyens sur lesquels un appel peut être plaidé et que la compétence de cette dernière vis-à-vis une telle demande d'autorisation d'appeler se limitait soit à l'accorder soit à la refuser. Le par. (3) de l'art. 31 de la *Loi sur la Cour fédérale* se lit comme suit:

¹ [1974] 1 C.F. 36.

An appeal to the Supreme Court lies with leave of that Court from any final or other judgment or determination of the Federal Court of Appeal, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by the Federal Court of Appeal.

The Court pointed out to counsel for the appellant that the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, in s. 41(1) provides:

Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court with leave of that Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court

and that, therefore, the two sections would seem to be exactly to the same effect and that over the course of many decades this Court had exercised the jurisdiction in s. 41(1) of the *Supreme Court Act* to grant leave to appeal only on the specific question of law set out in its order. We were all of the opinion that s. 31(3) of the *Federal Court Act* was subject to a similar course and we therefore confined the appellant to argument upon the ground of appeal for which leave to appeal had been granted and which I have recited above.

The appellant was indicted by a Federal Grand Jury in the United States District in the State of New York on October 9, 1973, and charged that the appellant had conspired with others to import cocaine, a narcotic drug, into the United States contrary to Title 21, United States Code, ss. 173 and 174. The appellant was also indicted with another charge with which this appeal is not concerned.

The appellant submitted the argument that the charge of conspiracy to import a narcotic drug was not listed in Schedule I to the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, although certain other conspiracies were listed in the said Schedule I, and that the offences with which the appellant was charged in the United States courts if charged in Canada could not have been the subject of a charge under

Il peut être interjeté appel, devant la Cour suprême, avec l'autorisation de cette Cour, de tout jugement final ou autre jugement de la Cour d'appel fédérale, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait été refusée ou non par la Cour d'appel fédérale.

La Cour a fait remarquer au procureur de l'appelant que dans la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19, il est prévu au par. (1) de l'art. 41 que:

Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême, avec l'autorisation de cette Cour, contre tout jugement définitif ou autre de la plus haute cour de dernier ressort dans une province, ou de l'un de ses juges, où jugement peut-être obtenu dans la cause particulière dont on veut appeler à la Cour suprême, qu'une autre cour ait refusé ou non l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême.

et ainsi, il semblerait que les deux articles soient exactement dans le même sens et que la cour ait exercé sa compétence, durant plusieurs décennies, d'accorder l'autorisation d'interjeter appel, énoncée au par. (1) de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, uniquement au regard de la question de droit précise énoncée dans son ordonnance. Nous étions tous d'avis que le par. (3) de l'art. 31 de la *Loi sur la Cour fédérale* devait s'interpréter de la même façon; c'est pourquoi nous avons contraint l'appelant à ne faire valoir que le moyen d'appel à l'égard duquel l'autorisation d'interjeter appel avait été accordée et que j'ai décrit ci-dessus.

Le 9 octobre 1973, l'appelant a été inculpé par un Grand Jury américain, de l'État de New-York, qui l'a accusé d'avoir comploté avec d'autres en vue d'importer de la cocaïne, un stupéfiant, aux États-Unis contrairement aux art. 173 et 174 du Titre 21 du Code des États-Unis. L'appelant a également été inculpé d'une autre accusation qui ne concerne cependant pas le présent appel.

L'appelant a allégué que l'accusation d'avoir comploté dans le but d'importer un stupéfiant n'apparaissait pas à l'annexe I de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, c. E-21, bien que certains autres complots y figuraient; de plus, l'appelant a allégué que les infractions dont il avait été accusé devant les cours américaines n'auraient pu, s'il en était accusé au Canada, faire l'objet d'une accusa-

the provisions of the *Narcotic Control Act* but only under the provisions of s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. 34. The said *Extradition Act* deals with "extradition crimes" and extradition crimes are defined in s. 2 thereof as follows:

"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.

Although the crime of conspiracy to import a narcotic is not, as I have pointed out, in Schedule I of the *Extradition Act*, in the year 1925 by a Supplementary Convention there was added a classification described in s. 17 thereof as follows: "Crimes and offences against the laws for the suppression of the traffic in narcotics".

Referring to the definition of extradition crimes which I have cited above, it will be seen that such crimes are defined as including two different classes, firstly, those which were listed in Schedule I and, secondly, those which were described in such an arrangement, *i.e.*, an extradition arrangement. The Supplementary Convention of the year 1925 was an extradition arrangement within that subsection and therefore if the crime of conspiring to import a narcotic is a crime "against the laws for the suppression of the traffic in narcotics" it is a crime within the definition of "extradition crimes" and the Honourable Mr. Justice Lamb had jurisdiction to consider the application for an extradition order made before him.

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

portée en vertu des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* mais uniquement en vertu des dispositions de l'al. d) du par. (1) de l'art. 423 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. 34. Ladite *Loi sur l'extradition* traite des «crimes entraînant l'extradition» et ceux-ci sont définis de cette façon à l'art. 2 de cette 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 l'annexe ou non.

Bien que le crime de complot visant l'importation de stupéfiants n'apparaît pas, comme je l'ai déjà signalé, à l'annexe I de la *Loi sur l'extradition*, il a été ajouté, par voie d'une Convention supplémentaire datant de l'année 1925, une catégorie dont le contenu est énoncé comme suit à son art. 17: «Crimes et infractions contre les lois relatives à la suppression du trafic des narcotiques».

En se référant à la définition des crimes entraînant l'extradition que j'ai citée ci-dessus, nous remarquons qu'elle établit deux catégories distinctes: premièrement, ceux qui sont énumérés à l'annexe I et, deuxièmement, ceux qui sont décrits dans une telle convention, *c.-à-d.* une convention d'extradition. La Convention supplémentaire de 1925 constitue une convention d'extradition qui tombe sous le coup de ce paragraphe; par conséquent, si le crime de complot visant l'importation d'un stupéfiant représente un crime «contre les lois relatives à la suppression du trafic des narcotiques», il tombe, par le fait même, sous le coup de la définition des «crimes entraînant l'extradition», de sorte que l'honorable juge Lamb avait le pouvoir d'examiner la demande d'ordonnance d'extradition qui lui avait été présentée.

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

was and only could be for a crime against the laws for the suppression of the traffic in narcotics. I am therefore of the opinion that Mr. Justice Lamb had jurisdiction.

I have been assisted in coming to this conclusion by referring to the judgment of McRuer C.J.H.C. in *Re Brisbois*², where the learned Chief Justice considered on an application for *habeas corpus* the case of an applicant who had been convicted in the United States on a charge of "wilfully and knowingly conspiring to defraud the United States of its governmental functions to have the lawful function of the United States Customs Service administered free from obstruction, corruption and improper influence, etc., and conspiring to violate the United States Narcotic Laws. (Title 18, Sec. 371 U.S.C.) as charged . . ." It is the last words "and conspiring to violate the United States Narcotic Laws" with which we are concerned.

The accused had been convicted and was allowed out on bail pending the hearing of his appeal but he did not surrender to his bail and after an abortive attempt to obtain his extradition from the Bahamas the applicant was arrested in Canada and held for examination. The learned Chief Justice of the High Court considered the issue in a very carefully reasoned judgment, dealt with all the matters which were alleged in our Court and said at p. 193:

In my view the criminal law of Canada has to be examined as a whole to find what laws are designed for the suppression of the traffic in narcotics. Since a conspiracy to commit breaches of the *Opium and Narcotic Drug Act* is not exempt from the provisions of s. 408, nor was it exempt from the provisions of the former s. 573, a conspiracy to commit any of the indictable offences set out in the *Opium and Narcotic Drug Act* must be taken to be included in the laws for the suppression of the traffic in narcotics.

² (1962), 133 C.C.C. 188.

américain était et ne pouvait être que celle d'un crime commis en contravention des lois relatives à la suppression du trafic des narcotiques. Ainsi, selon moi, le juge Lamb était compétent.

Pour en arriver à cette conclusion, je me suis inspiré du jugement prononcé par le juge en chef McRuer de la Haute Cour dans l'affaire *Re Brisbois*², où le savant juge en chef devait examiner une requête en *habeas corpus* soumise par un individu qui avait été accusé et condamné aux États-Unis d'avoir [TRADUCTION] «volontairement et sciemment comploté dans le but de porter atteinte aux attributions gouvernementales des États-Unis qui lui imposent le devoir légitime de voir à ce que l'administration du Service douanier des États-Unis soit libre de toute obstruction, corruption, captation d'influence etc., et d'avoir comploté dans le but d'enfreindre les lois des États-Unis sur les stupéfiants (Titre 18, art. 371 du Code des États-Unis) tel qu'il en a été accusé . . . » Ce sont les derniers mots, «et d'avoir comploté dans le but d'enfreindre les lois des États-Unis sur les stupéfiants» qui nous intéressent.

L'accusé avait été condamné puis admis à caution en attendant l'audition de son appel, mais il s'est dérobé et après avoir vainement tenté d'obtenir son extradition des Bahamas, ledit requérant fut arrêté au Canada et détenu pour interrogatoire. Dans des motifs de jugement très soigneusement rédigés, le savant juge en chef de la Haute Cour a traité des mêmes points qui ont été allégués devant cette Cour. Il dit à la p. 193:

[TRADUCTION] A mon avis, il faut examiner le droit criminel canadien dans son ensemble pour déterminer quelles lois s'appliquent à la répression de la contrebande des stupéfiants. Puisqu'un complot visant à enfreindre la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques* n'est pas exempté des dispositions prévues à l'art. 408, tout comme il n'était pas exempté des dispositions prévues à l'ancien article 573, il en découle qu'un complot visant à commettre tout acte criminel prévu dans la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques* doit être considéré comme tombant également sous le coup des lois visant la répression de la contrebande des stupéfiants.

² (1962), 133 C.C.C. 188.

The learned Chief Justice of the High Court concluded that the applicant had been convicted of an offence which came within the terms of the Treaty existing between Canada and the United States of America and dismissed the application for *habeas corpus*.

I would therefore dismiss the appeal and affirm the judgment of the Federal Court of Appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Binks, Chilcott & Simpson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: L. P. Landry, Montreal.

Le savant juge en chef de la Haute Cour a conclu que le requérant avait été condamné pour une infraction visée par le Traité liant le Canada et les États-Unis d'Amérique et il a rejeté la requête d'*habeas corpus*.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

Appel rejeté.

Procureurs de l'appelant: Binks, Chilcott & Simpson, Ottawa.

Procureur de l'intimé: L. P. Landry, Montréal.

Bradley Charles Jackson, an infant under the age of twenty-one years, by his next friend Benjamin Jackson, and the said Benjamin Jackson (Plaintiffs) Appellants;

and

William Millar, an infant under the age of twenty-one years, by his guardian *ad litem*, Murray Millar, and the said Murray Millar (Defendants) Respondents.

1974: October 31, November 1; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Motor vehicles—Gross negligence—Driver unduly fatigued—Res ipsa loquitur—The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 132(3).

M, a sixteen year old youth with very limited driving experience borrowed his father's car and after ten o'clock p.m. set out with two friends to drive from Toronto to Lake Simcoe in order to attend an all night movie. M had spent the day in active outdoor pursuits and undertook to sleep at a friend's cottage should he feel it necessary and return to Toronto the following morning. Having fallen asleep during the performance, he was aroused, started out to Toronto, detoured to the cottage and then failed to take advantage of resting there. On the way back to Toronto, both passengers slept. At a point just beyond an intersection and overpass, where the pavement had widened somewhat, M realised that his right wheels were on gravel and off the pavement. He attempted to regain the pavement but skidded, lost control of the vehicle and in the accident J, one of the friends, was very seriously injured. The trial judge found that J was a gratuitous passenger but that the negligence of M was gross negligence and awarded damages of \$223,785.07 to J, the infant plaintiff, and of \$24,118.08 to the adult plaintiff. The Court of Appeal felt that the facts which established M's negligence fell short of establishing gross negligence and were of the opinion that the *res ipsa loquitur* rule was not applicable.

In the result the judgment in the Court of Appeal dismissed J's action but that Court indicated that, in any

Bradley Charles Jackson, un mineur représenté par Benjamin Jackson, son représentant *ad litem* et ledit Benjamin Jackson (Demandeurs) Appelants;

et

William Millar, un mineur représenté par Murray Millar, son représentant *ad litem* et ledit Murray Millar (Défendeurs) Intimés.

1974: le 31 octobre et le 1^{er} novembre; 1975: le 28 janvier.

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

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

Véhicule automobile—Négligence grossière—Conducteur très fatigué—Res ipsa loquitur—The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 132(3).

M, âgé de seize ans et n'ayant que très peu d'expérience dans la conduite d'une automobile, emprunta l'automobile de son père et, passé 22 h, partit de Toronto avec deux de ses amis assister, au lac Simcoe, à une séance de cinéma qui durait toute la nuit. M, qui avait fait des activités de plein air toute la journée, s'est engagé à coucher au chalet d'un ami s'il se sentait fatigué; il a aussi promis d'être de retour à Toronto le lendemain matin. Il s'est endormi pendant la représentation; à la fin de celle-ci on le réveilla et il partit en direction de Toronto. Il s'est rendu au chalet, mais ne s'y est pas arrêté. Les deux passagers ont dormi pendant le voyage de retour. Juste au-delà d'une intersection et d'une voie surélevée, à un endroit où le revêtement d'asphalte s'élargit un peu, M se rendit compte que ses roues de droite avaient quitté la chaussée et roulaient sur l'accotement de gravier. Il tenta de remonter sur la chaussée mais sa voiture se mit à dérapier et il en perdit le contrôle. J, un de ses amis, fut très gravement blessé dans cet accident. Le juge de première instance a décidé que J était passager à titre gratuit mais qu'il y avait eu grossière négligence de la part de M, si bien qu'il a accordé des dommages-intérêts de \$223,785.07 au demandeur mineur J et de \$24,118.08 au demandeur adulte. La Cour d'appel était d'avis que les faits qui établissaient la négligence de M étaient insuffisants pour établir une négligence grossière et que la règle *res ipsa loquitur* était inapplicable.

Conséquemment, la Cour d'appel a rejeté l'action intentée par J, ajoutant que de toute façon elle aurait

event, it would have reduced considerably the amount of the damages.

Held: The appeal should be allowed.

The circumstances leading up to the accident and the actual accident itself, sparsely as it was described by M, the infant defendant, quite justified the conclusion by the trial judge that the negligence was gross negligence and since such evidence had been given the trial judge's finding should not be disturbed and further that, even if the trial judge had failed to find that the plaintiffs had established acts which constituted gross negligence, the maxim *res ipsa loquitur* could be used by him in finding gross negligence against the driver M.

The Court of Appeal was not justified in its reduction of the award of the trial judge on the basis of failure to take into account the contingencies of life and to allow a discount to reflect present values. The trial judge did work out present value and, while no allowance was made for contingencies of life, in the particular case of this infant plaintiff the only appropriate reduction would be too diminutive to justify interference on appeal.

Walker v. Coates et al., [1968] S.C.R. 599; *Burke v. Perry*, [1963] S.C.R. 329; *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 392; *Gauthier & Co. Ltd. v. The King*, [1945] S.C.R. 143 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of Osler J. at trial. Appeal allowed, judgment at trial restored.

L. P. Shannon, Q.C., and *W. P. Cipollone*, for the appellants.

D. W. Goudie, and *W. H. O. Mueller*, for the plaintiffs.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on October 30, 1972. By that judgment, the said Court of Appeal for Ontario allowed an appeal from the judgment of Mr. Justice Osler after trial pronounced on September 16, 1971, and

réduit considérablement le montant des dommages-intérêts.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les circonstances entourant l'accident et l'accident lui-même, toute maigre qu'en ait été la description donnée par M, le défendeur mineur, justifiaient entièrement le juge de première instance à conclure à la négligence grossière et en présence de pareille preuve, il n'y a pas lieu de modifier la conclusion du juge de première instance. Ce dernier était également justifié à décider qu'il pouvait recourir à la règle *res ipsa loquitur* pour conclure à la négligence grossière de la part du conducteur M même s'il n'avait pu conclure que ses demandeurs avaient fait la preuve que les actes du défendeur constituaient de la négligence grossière.

La Cour d'appel n'était pas fondée à réduire, au titre des imprévus de la vie, le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance ni à allouer un rabais qui tiendrait compte de la valeur actuelle du capital. Le juge de première instance a calculé la valeur actuelle et, s'il est vrai qu'aucune réduction n'a été accordée au titre des imprévus de la vie, il faut dire qu'une telle réduction serait trop peu importante dans le cas du présent demandeur pour justifier une modification du jugement en appel.

Arrêts mentionnés: *Walker c. Coates et un autre*, [1968] R.C.S. 599; *Burke c. Perry*, [1963] R.C.S. 329; *Barkway c. South Wales Transport Co. Ltd.*, [1950] 1 All E.R. 392; *Gauthier & Co. Ltd. c. Le Roi*, [1945] R.C.S. 143.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel interjeté d'un jugement rendu en première instance par le juge Osler. Pourvoi accueilli, jugement de première instance rétabli.

L. P. Shannon, c.r., et *W. P. Cipollone*, pour les appelants.

D. W. Goudie, et *W. H. O. Mueller*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 30 octobre 1972. Ladite Cour d'appel de l'Ontario a alors accueilli un appel d'un jugement de première instance rendu le 16 septembre 1971 par M. le juge Osler, et a rejeté l'action du deman-

dismissed the action of the plaintiff, the appellant in this Court.

Mr. Justice Osler had found that the negligence of the defendant William Millar was gross negligence and that the infant plaintiff, Bradley Charles Jackson, had, by his negligence to the extent of ten per cent contributed to his injuries, and he therefore gave judgment for the infant plaintiff for \$223,785.07 and for the adult plaintiff Benjamin Jackson for \$24,118.08.

The action arose as a result of a single car accident on the morning of September 2, 1968, which was, in that year, Labour Day.

Three youths, the infant plaintiff Bradley Charles Jackson, the infant defendant William Millar, and a third, Ross T. Sanders, were, at the time of the accident, riding in an automobile owned by the adult defendant, Murray Millar, and driven by the infant defendant, William Millar. The three youths had spent a good deal of the summer vacation in 1968 in and around Toronto. The infant plaintiff and the infant defendant had only that summer acquired driving licences and the infant plaintiff had ridden with the infant defendant a number of times in this automobile owned by the father of the latter.

On the evening of Saturday, August 31st, the two infant parties met at a house in Toronto and spent the evening there. The infant plaintiff slept there but the infant defendant went to his own home and, according to the finding of the trial judge, had available for rest, after his arrival home and prior to his leaving home to again meet the infant Bradley the next day at about noon, a period from eight to ten hours. The learned trial judge found as a fact that when the infant defendant joined the infant plaintiff on Sunday morning, the 1st of September, he was well rested.

The two youths spent the balance of Sunday on Centre Island, a park and amusement place adjacent to Toronto, were out in the fresh air during the whole period and did considerable cycling. Their only food was light refreshment taken on the island. The two, after their return to the city at

deur, l'appelant en cette Cour.

M. le juge Osler avait conclu qu'il y avait eu grossière négligence de la part du défendeur William Millar et que le demandeur mineur, Bradley Charles Jackson, avait contribué par sa négligence à ses dommages dans une proportion de dix pour cent et, par conséquent, il avait rendu jugement en faveur du demandeur mineur pour \$223,785.07 et en faveur du demandeur adulte Benjamin Jackson pour \$24,118.08.

L'action résulte d'un accident, dans lequel a été impliqué une seule voiture, survenu le 2 septembre 1968, le jour de la fête du Travail cette année-là.

Trois jeunes gens, le demandeur mineur Bradley Charles Jackson, le défendeur mineur William Millar et Ross T. Sanders roulaient au moment de l'accident dans une voiture appartenant au défendeur adulte Murray Millar et conduite par le défendeur mineur William Millar. Les trois jeunes gens avaient passé une bonne partie des vacances d'été de 1968 à Toronto et dans la région. Le demandeur mineur et le défendeur mineur n'avaient obtenu que cet été-là leur permis de conduire et le demandeur mineur s'était baladé avec le défendeur mineur à maintes reprises dans la voiture appartenant au père de ce dernier.

Dans la soirée du samedi, le 31 août, les deux jeunes gens se rencontrèrent à une maison privée à Toronto où ils passèrent la soirée. Le demandeur mineur resta à coucher mais le défendeur mineur se rendit chez lui et, d'après les conclusions du juge de première instance, il a eu pour se reposer entre son arrivée à la maison et son départ pour rencontrer le jeune Bradley le lendemain vers midi, une période de huit à dix heures. Le juge de première instance a considéré comme un fait que lorsque le défendeur mineur rencontra le demandeur mineur dimanche matin, le 1^{er} septembre, il était bien reposé.

Les deux jeunes gens ont passé le reste de la journée de dimanche à Centre Island, un parc et un lieu d'attractions près de Toronto, où ils ont été continuellement au grand air et ont beaucoup roulé à bicyclette. Comme nourriture, ils n'ont pris que des rafraîchissements sur l'île. Après être tous

about ten p.m. on Sunday, September 1st, determined to drive to Port Bolster on the south shore of Lake Simcoe to attend an all-night drive-in movie. The infant defendant obtained permission from his father, the adult defendant, to take the latter's automobile. According to the parental instructions, the time for the return was left unfixed but the adult defendant insisted that the car should be available for his use on Monday morning, the 2nd of September. The evidence is concerned with the question of contribution by the two passengers, that is, the infant plaintiff and Sanders, to the cost of the trip. The learned trial judge has held that the infant plaintiff was a gratuitous passenger and there was no appeal therefrom.

The three youths riding in the automobile driven by the infant defendant Millar arrived safely at the out-door theatre in Port Bolster. The learned trial judge has found that no fault could be found with the condition and equipment of the automobile. The three purchased hamburgers and milk shakes at a restaurant opposite the theatre then proceeded to enter the theatre, and it would appear that none of the three really watched much of the motion picture performance because all three, at various times, slept. The learned trial judge, on some contradictions in the evidence, has accepted the evidence of the passenger Sanders that the infant defendant Millar slept for a period not in excess of three hours between two a.m. and five a.m. The evidence of the infant defendant was that when he awoke the picture was over and "everything was closed down".

Before leaving his father's home, the infant defendant had demonstrated that he knew the danger of driving an automobile when he was suffering from fatigue and had assured his father, the adult defendant, that if he felt such fatigue he would stay overnight in a cottage near the theatre which was owned by some relatives of the passenger Sanders.

Upon rousing themselves, they left the theatre and drove to this cottage which trip constituted a detour of about six miles from their ordinary route to Toronto but arrived at the cottage at some time very shortly after five a.m. and, seeing no lights on and no cars about, Millar drove on toward

deux rentrés en ville vers 22 h dimanche, le 1^{er} septembre, ils ont décidé de se rendre à Port Bolster, sur la rive sud du lac Simcoe pour assister dans un ciné-parc à une séance qui durait la nuit entière. Le mineur défendeur a obtenu la permission de son père, le défendeur adulte, de prendre sa voiture. Les parents n'ont pas fixé l'heure du retour, mais le défendeur adulte a insisté que la voiture soit à sa disposition le lundi matin, le 2 septembre. La preuve a fait état de la question de la contribution des deux passagers, c'est-à-dire le défendeur mineur et Sanders, aux dépenses du voyage. Le savant juge de première instance a décidé que le demandeur mineur était passager à titre gratuit et sur ce point il n'y a pas eu appel.

Les trois jeunes gens, ayant pris place dans la voiture conduite par le défendeur mineur Millar, sont arrivés sains et saufs au ciné-parc de Port Bolster. Le savant juge de première instance a conclu à l'absence de défauts apparentes dans la voiture et son équipement. Après avoir acheté des hamburgers et du lait fouetté à un restaurant en face, les trois sont entrés au cinéma et il semblerait qu'aucun d'eux n'a vraiment regardé l'écran parce que les trois ont dormi à différents moments. Le savant juge de première instance a accepté, parmi des témoignages quelque peu contradictoires, celui du passager Sanders que le défendeur mineur Millar a dormi durant trois heures au plus, entre 2 h et 5 h. Selon le témoignage du défendeur mineur, lorsqu'il s'est réveillé le film était terminé et [TRADUCTION] «tout était fermé».

Avant de partir de chez son père, le défendeur mineur avait montré qu'il était conscient du danger de conduire une automobile s'il se sentait fatigué et il avait assuré son père que si cela se produisait il irait coucher près du cinéma à un chalet qui appartenait à des parents du passager Sanders.

Une fois réveillés, ils sont partis vers le chalet, ce qui les allongeait d'environ six milles de l'itinéraire régulier conduisant à Toronto. Ils y sont arrivés un peu après 5 h et, ne voyant pas de lumière ni de voiture dans les environs, Millar se dirigea vers Toronto. En route, les deux passagers

Toronto. On the way to Toronto, both his passengers slept, at any rate, from time to time, and the learned trial judge came to the conclusion that little information could be obtained from them as to anything which occurred during the trip and prior to the accident. The infant plaintiff sat in the front seat to the right of the driver and he appears to have been sitting slouched over to lean against the right front door. Although the vehicle was equipped with seat belts, and the learned trial judge has found the infant plaintiff knew it was so equipped, he made no use of the seat belts.

The route followed highway 48 south from around Lake Simcoe to highway 401 which crosses the northerly part of the City of Toronto. A short distance north of the interchange between highway 48 and highway 401, and probably on the actual drive used by a south-bound car on highway 48 to reach the west bound lanes of highway 401, the infant defendant states he became aware of some unusual sounds or feel in the operation of his vehicle and that he stopped the car, got out of it and inspected it to find that it seemed to be in order and that all tires were fully inflated. He then re-entered the automobile and proceeded to drive it westerly on highway 401. At that point and during that period, highway 401 had two east-bound and two west-bound lanes each twelve feet in width. The speed limit was sixty miles per hour and the infant defendant has testified that he was driving at about that speed. There had been intermittent rain and some water lay on highway 401 but not in great quantity, and of course the highway was a splendid double-lane limited access throughway.

At a point some 1.8 miles west of highway 48 from whence Millar entered highway 401, the latter crosses Midland Avenue on an overpass. As is usual on highway 401, the asphalt pavement widens at the point of such overpass so that the asphalt stretches from the cement guard rails on the north side of highway 401 to the cement guard rails on the other side. At a point just west of the westerly end of the overpass, the circumstances involved in the accident commenced. This point

dormaient, du moins de temps en temps, et le savant juge de première instance a conclu qu'ils ne pouvaient guère donner de renseignements sur ce qui s'était produit durant le voyage et avant l'accident. Le demandeur mineur était assis sur la banquette avant à la droite du chauffeur et il semble qu'il était recroquevillé et appuyé sur la porte droite avant. Bien que la voiture ait été pourvue de ceintures de sécurité, et le savant juge de première instance a constaté que le demandeur mineur le savait, celui-ci ne les a pas utilisées.

Le chemin à suivre empruntait la route 48 au sud des environs du lac Simcoe jusqu'à la route 401 qui traverse la partie nord de la ville de Toronto. A une courte distance au nord de l'échangeur entre les routes 48 et 401, et probablement sur la voie de circulation utilisée par les voitures se dirigeant vers le sud sur la route 48 pour rejoindre les voies en direction ouest de la route 401, le défendeur mineur déclare qu'il a entendu des bruits étranges ou qu'il a senti quelque chose d'inhabituel dans le comportement de sa voiture et qu'il s'est arrêté. Il est descendu de sa voiture et il l'a examinée pour constater que tout semblait en ordre et que tous les pneus étaient bien gonflés. Il est ensuite remonté pour se diriger vers l'ouest sur la route 401. A cet endroit et à cette époque, la route 401 avait deux voies de circulation vers l'est et deux voies vers l'ouest, chacune de douze pieds de largeur. La vitesse permise était de soixante milles à l'heure et le défendeur mineur a témoigné qu'il roulait à environ cette vitesse. Il avait plu de façon intermittente et il y avait de l'eau sur la chaussée de la 401 mais pas en grande quantité; et c'est bien sûr une splendide autoroute à accès limité et à deux voies.

A quelque 1.8 mille à l'ouest de la route 48, d'où Millar s'était engagé sur la route 401, celle-ci traverse l'avenue Midland sur une voie surélevée où, comme c'est habituel sur la route 401, le revêtement d'asphalte s'élargit du garde-fou de ciment situé sur le côté nord de la route 401 jusqu'au garde-fou de ciment de l'autre côté. A un point un peu à l'ouest de l'extrémité ouest de la voie surélevée, ont commencé à se produire les circonstances qui ont entraîné l'accident. Cet

was never accurately fastened down. In the appellants' factum, it is referred to as a point one hundred and seventy-five feet west of the overpass.

Constable Wallace Sargales gave evidence for the plaintiffs at the trial. He was the first officer to arrive at the scene and he described in considerable detail the condition of the car involved, its position when he arrived, and certain marks along the north shoulder with which I shall deal hereafter. Constable Sargales described a mark which he said appeared to be a tire mark but not a skid mark which ran along the north shoulder immediately adjacent to a guard rail composed of wooden eight-inch in diameter posts joined by two strands of wire cable. That mark was two hundred and ten feet in length. He also testified that fourteen guard posts and two anchor posts had been broken off and the twisted wire cable lay on the ground. In his initial examination, Constable Sargales did not testify where the easterly end of that mark commenced. He was, with the permission of the learned trial judge, later recalled as a witness for the defence and then was cross-examined by counsel for the plaintiffs. He had made a very obvious error in his initial testimony when he described the broken guard posts and twisted cable as being east of the Midland Avenue overpass and he corrected this in the cross-examination after his recall and then was asked:

Q. Well, if it is set out in the police report that the accident occurred 175 feet west of the Midland Avenue overpass would you say that was correct?.

A. That would be correct, sir.

He further testified that he did not walk back to the area of the overpass.

There had been no comment in the respondents' factum nor during the argument as to that distance of one hundred and seventy-five feet and I think it can be regarded as established that the mark along the north shoulder of the road commenced one hundred and seventy-five feet west of the westerly end of the railing on the overpass.

It was the testimony of the infant defendant that he heard the sound of gravel hitting beneath the

endroit n'a jamais été déterminé avec précision. Dans le factum des appelants, on parle d'un point situé à cent soixante-quinze pieds à l'ouest de la voie surélevée.

Le constable Wallace Sargales a témoigné pour les demandeurs au procès. Il a été le premier agent de la paix à arriver sur les lieux et il a décrit avec minutie l'état de la voiture impliquée, sa position à son arrivée et certaines traces le long de l'accotement nord dont je traiterai plus loin. Le constable Sargales a décrit une trace qui lui paraissait être une trace de pneu mais non une trace de dérapage le long de l'accotement nord immédiatement adjacent au garde-fou fait de poteaux de bois de huit pouces de diamètre reliés ensemble par deux câbles de fil métallique. Cette trace s'étendait sur une longueur de deux cent dix pieds. Il a aussi déclaré que quatorze poteaux du garde-fou et deux poteaux d'ancrage avaient été brisés et que le câble d'acier tordu était sur le sol. Lors de son premier interrogatoire, le constable Sargales n'a pas déclaré où, du côté est, débutait la trace. Avec la permission du juge au procès, il a été par la suite rappelé comme témoin pour la défense et contre-interrogé après par l'avocat des demandeurs. Au cours de son premier témoignage, il s'était manifestement trompé en situant les poteaux de garde-fou brisés et le câble tordu à l'est de la voie surélevée de l'avenue Midland et il a corrigé son erreur lorsque rappelé en contre-interrogatoire et qu'on lui a alors demandé:

[TRADUCTION] Q. Bien, si c'est inscrit dans le rapport de police que l'accident s'est produit à soixante-quinze pieds à l'ouest de la voie surélevée de l'avenue Midland, diriez-vous que c'est exact?

R. Ce serait exact, monsieur.

Il a par la suite déclaré qu'il n'était pas retourné à pied à cet endroit sur la voie surélevée.

Cette distance de cent soixante-quinze pieds n'a pas été commentée dans le factum des intimés ni au cours des plaidoiries et je crois qu'on peut considérer comme établi que la trace le long de l'accotement nord de la route commençait à cent soixante-quinze pieds à l'ouest de l'extrémité ouest du garde-fou de la voie surélevée.

Selon le témoignage du défendeur mineur il a entendu le bruit du gravier qui était projeté sous

fenders of the automobile and that he very gradually turned the vehicle to the left so as to travel on the southerly of the two west bound lanes and that despite the gradualness of that move the rear of his vehicle commenced to skid to the south, *i.e.*, to the left, and that although he, the infant defendant, attempted to correct this movement of the car in the standard fashion by a turn into the skid, that is, turning his steering wheel to the left, he was unable to do so. The vehicle went out of control, left the highway and must have gone through not only a 360 degree turn but a further 180 degrees in addition. The vehicle, of course, left the travelled portion of the highway, broke off the sixteen eight-inch posts and ended up facing north-east about ninety feet north of the north limit of the pavement, although these measurements were only approximate.

It is very difficult to follow the infant defendant's description of this occurrence. If the infant defendant had, when he heard the gravel beneath the right fender of his vehicle, turned very gradually to the left, there would have been no skid or even if the skid had occurred it is inevitable that the skid would have been with the rear of the vehicle going to the right and not to the left as he testified. Then, when a person took the natural action to correct that skid by turning the steering wheel to the right, if such an action were sudden or too extensive, the tendency would be to throw the vehicle into the clock-wise movement which the infant defendant describes.

During the course of the careening of the automobile over the shoulder and through the guard rail, the infant plaintiff was thrown out of the vehicle. Both the infant defendant and the passenger Sanders realized this and even before the vehicle had come to a stop they had jumped out and ran back to where the infant plaintiff lay on the shoulder of the roadway some fifteen to twenty feet from the paved portion of the road and ten feet to the north of the guard rail. This location was some fifty to seventy-five feet from the car.

Since the learned trial judge found the infant plaintiff was only a gratuitous passenger, the

les ailes et il a très graduellement dirigé sa voiture à gauche de façon à revenir sur la partie sud des deux voies en direction ouest. Malgré la douceur de cette manœuvre, l'arrière de la voiture a commencé à dérapage vers le sud, *c.-à-d.*, à gauche, et bien que le défendeur mineur ait tenté d'enrayer ce mouvement de la voiture de la façon classique en donnant un coup de volant dans la direction du dérapage, *c'est-à-dire*, en tournant à gauche, il a été incapable de le faire. Le conducteur a perdu la maîtrise de sa voiture qui a quitté la route et a dû non seulement effectuer un virage complet de 360 degrés mais continuer à faire un autre demi-tour. Évidemment la voiture a délaissé la partie pavée de la route, a brisé les seize poteaux de huit pouces et s'est retrouvée l'avant faisant face au nord-est à environ quatre-vingt-dix pieds au nord de la limite nord du pavage, bien que ces mesures ne soient qu'approximatives.

Il est très difficile de comprendre la description qu'a donnée des faits le défendeur mineur. Si le défendeur mineur avait, lorsqu'il a entendu le bruit du gravier sous l'aile droite de sa voiture, viré de façon très graduelle vers la gauche, il n'y aurait pas eu de dérapage ou, s'il y en avait eu, inévitablement *c'est* l'arrière de la voiture qui aurait dérapé vers la droite et non vers la gauche comme il l'a déclaré. Aussi, lorsqu'une personne réagit naturellement pour remédier à ce dérapage en tournant le volant à droite, si son mouvement est trop brusque ou trop prononcé, le résultat est d'entraîner la voiture à virer vers la droite, comme le décrit le défendeur mineur.

Pendant que la voiture faisait son embardée sur l'accotement et à travers le garde-fou, le demandeur mineur a été projeté hors du véhicule. Le défendeur mineur et le passager Sanders s'en sont aperçus et avant même que la voiture ne se soit arrêtée, ils ont sauté en bas de celle-ci et sont retournés en courant où le demandeur mineur était étendu sur l'accotement, soit à quelque quinze à vingt pieds de la partie pavée de la route et dix pieds au nord du garde-fou. Cet endroit était à environ cinquante à soixante-quinze pieds de la voiture.

Comme le savant juge de première instance a décidé que le demandeur mineur était un passager

provisions of what is now s. 132 of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202, apply. Subsection (3) of that section provides:

(3) Notwithstanding subsection 1, the owner or driver of a motor vehicle, other than a vehicle operated in the business of carrying passengers for compensation, is not liable for any loss or damage resulting from bodily injury to, or the death of any person being carried in, or upon, or entering, or getting on to, or alighting from the motor vehicle, except where such loss or damage was caused or contributed to by the gross negligence of the driver of the motor vehicle.

Therefore, in order to succeed, the plaintiffs must prove that their "loss or damage was caused or contributed to by the gross negligence of the driver of the motor vehicle". The learned trial judge found that the infant defendant had been guilty of gross negligence in two particulars: firstly, that he continued to drive while sleepy and fatigued which, in the circumstance of this case, constituted in itself and taken alone gross negligence, and secondly, that he failed to keep his vehicle under proper control. The learned trial judge was of the opinion that these acts of negligence were cumulative and when accumulated constituted gross negligence. The learned trial judge was, moreover, of the opinion that the maxim *res ipsa loquitur* should be applied in favour of the plaintiffs. There is no doubt, after the decision of this Court in *Walker v. Coates et al.*¹, that the maxim is applicable in aid of the proof of gross negligence as well as in the proof of ordinary negligence. The learned trial judge noted that the infant defendant had given testimony as to what occurred but the learned trial judge referred to that testimony in these words:

In my view, this is no answer, even if believed in full. What followed leaves intact the presumption that there was a very marked departure from the normal standard and not a careful moderate turn from one lane to the other.

¹ [1968] S.C.R. 599.

à titre gratuit, les dispositions de ce qui est maintenant l'art. 132 du *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202 s'appliquent. Le paragraphe (3) de cet article énonce:

[TRADUCTION] (3) Par dérogation au paragraphe (1), le propriétaire ou le conducteur d'un véhicule automobile, autre qu'un véhicule utilisé dans une entreprise de transport de passagers moyennant rémunération, n'est responsable d'aucune perte ou dommage découlant des blessures ou de la mort de toute personne transportée dans ou sur le véhicule automobile, ou qui y entre, y monte ou en descend, sauf si la perte ou le dommage est dû à la négligence grossière du conducteur du véhicule automobile ou que cette négligence grossière y a contribué.

Ainsi, pour avoir gain de cause, les demandeurs doivent prouver que leur «perte ou dommage a été causé par la négligence grossière du conducteur du véhicule automobile ou que cette négligence grossière y a contribué». Le savant juge de première instance a décidé qu'il y avait eu négligence grossière de la part du défendeur mineur, et ce de deux façons: d'abord, il a poursuivi sa route alors qu'il était endormi et fatigué ce qui, dans les circonstances en l'espèce, constitue, en soi et considéré isolément, un acte de négligence grossière, et en second lieu il n'a pas gardé la maîtrise de sa voiture. Le savant juge de première instance était d'avis que ces actes de négligence étaient cumulatifs et que, considérés ensemble, ils constituaient de la négligence grossière. Le savant juge de première instance était de plus d'opinion que la règle *res ipsa loquitur* devait s'appliquer en faveur des demandeurs. Il n'y a aucun doute, après la décision de cette Cour dans *Walker c. Coates et al.*¹, que la règle s'applique pour faire la preuve de la simple négligence. Le savant juge de première instance a signalé que le défendeur mineur avait témoigné sur ce qui s'était passé mais il parle de ce témoignage ainsi:

[TRADUCTION] A mon avis, même accepté intégralement, cela ne constitue pas une explication. Ce qui s'est passé par la suite laisse subsister la présomption qu'il y a eu un écart marqué vis-à-vis de la pratique courante et non un léger virage fait prudemment d'une voie à l'autre.

¹ [1968] R.C.S. 599.

I shall deal subsequently with the learned trial judge's disposition of the issue of damages.

The Court of Appeal for Ontario, by a unanimous judgment, allowed the defendants' appeal. In so far as liability is concerned, the reasons were given chiefly by Evans J.A. The learned justice on appeal expressed the view:

There is no doubt that Millar was guilty of simple negligence but such a finding, of course, cannot support the claim of a gratuitous passenger.

He also expressed the view:

With respect to the opinion of the learned trial judge, I do not believe his finding with respect to fatigue to be supported by the evidence nor has there been established a sufficient causal connection between the alleged fatigue and the accident . . . Millar denies that he was fatigued and while his evidence must be viewed in the light of his self-interest it cannot be disregarded particularly as it is not contradicted by any other direct evidence and is supported to some considerable extent by his conduct in the operation of the motor vehicle.

With all respect for the learned justice on appeal, this finding is made after an experienced trial court judge had heard the evidence, and I am sure considered the evidence with the utmost care, and reserved his judgment from the 28th of June to the 16th of September and then had written reasons for judgment in which he very carefully considered all the relevant evidence. Even if the learned trial judge's finding had not involved any finding of credibility and had merely been confined to determining which view of the facts would be more probable, I am of the opinion that his findings should not have been disturbed on appeal. There is much authority for this proposition. Perhaps *Burke v. Perry*², should be cited, where Ritchie J. said at pp. 331-2:

. . . but the difficult task of assessing the quality of the negligent actions of the driver of a motor vehicle immediately before and at the time of an accident in order to determine whether or not they are to be characterized as "gross negligence" involves a reconstruction of the circumstances of the accident itself including the reactions of the persons involved, and this is a function

Je traiterai plus loin de la décision du juge de première instance relativement aux dommages-intérêts.

La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli unanimement l'appel des défendeurs. Sur la question de la responsabilité, les motifs ont été rendus surtout par le juge d'appel Evans. Le savant juge d'appel a exprimé l'opinion suivante:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que Millar s'est rendu coupable de simple négligence mais évidemment la réclamation d'un passager à titre gratuit ne peut se fonder sur une telle conclusion.

Et il a ajouté:

[TRADUCTION] Avec respect pour l'opinion du savant juge de première instance, je ne crois pas que sa conclusion relative à la fatigue soit étayée par la preuve ni qu'on ait pu établir un lien causal suffisant entre la fatigue alléguée et l'accident . . . Millar nie qu'il était fatigué et bien que son témoignage doive être considéré comme intéressé, il ne peut pas être écarté surtout s'il n'est pas contredit par d'autres éléments de preuve directe et s'il est confirmé jusqu'à un certain point par sa façon de conduire la voiture.

Avec tout le respect pour le savant juge d'appel, cette conclusion a été tirée après qu'un juge de première instance expérimenté a entendu les témoignages qu'il a, j'en suis certain, examinés avec le plus grand soin possible et a délibéré sur le jugement du 28 juin au 16 septembre pour le rendre alors en rédigeant des motifs où il a très minutieusement étudié toute la preuve pertinente. Même si le savant juge de première instance n'avait eu à prononcer aucune conclusion quant à la crédibilité et n'avait eu simplement qu'à décider quelle version des faits semblait plus plausible, je suis d'avis que ses conclusions n'auraient pas dû être écartées en appel. Il y a amplement de précédents à l'appui de cette thèse. Peut-être devrais-je citer l'arrêt *Burke c. Perry*², où le juge Ritchie déclarait aux pp. 331-2:

[TRADUCTION] . . . la difficile tâche d'évaluer le caractère des actions négligentes d'un conducteur de véhicule automobile immédiatement avant l'accident et au moment même où celui-ci se produit afin de déterminer si oui ou non on peut les qualifier de «négligence grossière» implique une reconstitution des circonstances de l'accident lui-même, y compris les réactions des person-

² [1963] S.C.R. 329.

² [1963] R.C.S. 329.

for which the trial judge who has seen and heard the witnesses is far better equipped than are the judges of an appellate court.

I refrain from citing many other authorities to a similar effect.

I might add that the circumstances described in the evidence are circumstances which fully support the learned trial judge in his view as to both grounds of negligence which he found cumulative to constitute gross negligence.

The infant defendant, only sixteen years of age and having a licence a very few months, and having very limited experience in driving upon a highway, had been engaged in active outdoor pursuits during the whole of Sunday and then, after ten o'clock at night, when one would have thought it was time to retire, he succeeded in persuading his father to permit him to drive from Toronto to Lake Simcoe in order to attend an all-night movie. He demonstrated to his father that he realized the dangerous character of fatigue and undertook to sleep at a friend's cottage if fatigued and yet, having arrived at the movie theatre, he fell asleep and slept for about about three hours. On his own evidence, he was aroused after the performance was over and, in what would appear inevitably to have been a befogged state, he started out to Toronto, detoured to the cottage where he had said he could obtain rest and then failed to take advantage of it.

During the argument, it was stressed that the infant defendant's stop to inspect his automobile before he entered highway 401 showed his alertness. If an inference may be drawn, then I take the opposite inference: that he was in such a fatigued condition that he imagined faults in the vehicle which inspection proved not to exist. Then the actual accident, sparsely as it is described by the infant defendant, would again indicate his being overcome by fatigue. It is apparent, when one looks at the photographs, that as the vehicle crossed the overpass above Midland Avenue the

nes impliquées, et il s'agit là d'une fonction pour laquelle le juge de première instance, qui a vu et entendu les témoins, est de loin beaucoup mieux placé que ne le sont les juges d'une Cour d'appel.

Je m'abstiendrai de citer de nombreux autres arrêts dans le même sens.

Je pourrais ajouter que les circonstances décrites dans les témoignages sont des circonstances qui appuient tout à fait l'opinion du juge de première instance selon laquelle il y avait deux motifs de négligence qui, considérés ensemble, constituaient selon lui de la négligence grossière.

Le défendeur mineur, âgé de seulement seize ans ne détenait un permis de conduire que depuis quelques mois et avait très peu d'expérience dans la conduite d'une automobile sur une grande route. Après avoir passé la journée complète du dimanche à s'adonner activement à des loisirs en plein air, après 22h ce soir-là, alors que normalement une personne aurait pensé qu'il était temps de rentrer à la maison, il a réussi à convaincre son père de lui permettre de se rendre en voiture de Toronto au lac Simcoe pour assister à une séance de cinéma qui durait toute la nuit. Il a démontré à son père qu'il comprenait que la fatigue pouvait être un élément de danger et il s'est engagé à coucher au chalet d'un ami s'il était fatigué et pourtant, après être arrivé au cinéma, il a dormi durant environ trois heures. Selon son propre témoignage, il s'est réveillé après la fin de la séance et alors qu'il n'avait pas, ce qui semble inévitable, l'esprit bien vif, il partit en direction de Toronto, se rendit au chalet où il avait dit qu'il aurait pu se reposer, mais sans s'arrêter pour en profiter.

Au cours des plaidoiries, il a été mis de l'avant que l'arrêt par le défendeur mineur pour vérifier sa voiture avant d'entrer sur la route 401 a démontré sa vigilance. S'il y a une conclusion à tirer de ce fait, la mienne serait à l'opposé, c'est-à-dire qu'il était tellement fatigué qu'il a imaginé des déficiences qui se sont avérées absentes à l'examen de la voiture. L'accident lui-même, malgré la maigre description qu'en a donnée le défendeur mineur, indiquerait aussi que celui-ci a succombé à la fatigue. Il apparaît évident à l'examen des photographies que le pavement, sur la voie surélevée

asphalt widened out right to the guard rail. If the infant defendant's vehicle had been allowed to drift even slightly to its right as it crossed that overpass then it would be inevitable that having proceeded beyond it the gravel at the north edge of the road would rattle against the fenders on the right side of the car. Nothing serious could result but it would seem that this inexperienced and very fatigued boy was so frightened at this sound that he proceeded to take such action as resulted almost inevitably in the accident which did occur. Surely, a learned trial judge who heard the evidence which I have summarized could well conclude that that driver had been guilty of gross negligence, and I cannot accept the view that his opinion should be interfered with on appeal.

The learned trial judge was of the opinion that even if he had failed to find that the infant plaintiff had established acts which constituted gross negligence on the part of the defendant, he was entitled to use the maxim *res ipsa loquitur* and rule for the plaintiff on the basis of that maxim.

In the Court of Appeal, both MacKay J.A. and Evans J.A. were of the opinion that the rule was not applicable. Evans J.A. cited *Clerk & Lindsell on Torts*, 13th ed., para. 967 at p. [567] as follows:

The doctrine applies (1) when the thing that inflicted the damage was under the sole management and control of the defendant, or of someone for whom he is responsible or whom he has a right to control; (2) the occurrence is such that it would not have happened without negligence. If these two conditions are satisfied it follows, on a balance of probability, that the defendant, or the person for whom he is responsible, must have been negligent. There is, however, a further negative condition; (3) there must be no evidence as to why or how the occurrence took place. If there is, then appeal to *res ipsa loquitur* is inappropriate, for the question of the defendant's negligence must be determined on that evidence.

I am content, for the purpose of dealing with the circumstances in this case, to accept that, as did Evans J.A., as an accurate description of the applicable maxim noting that the learned author had used the word "doctrine" while the better expres-

au-dessus de l'avenue Midland, s'étend à droite jusqu'au garde-fou. Si la voiture du défendeur mineur avait pu dévier même légèrement vers sa droite en traversant la voie surélevée, alors inévitablement après avoir dépassé celle-ci, le gravier du côté nord de la route aurait crépité sous les ailes du côté droit de la voiture. Rien de grave n'aurait pu en résulter mais il semblerait que ce garçon inexpérimenté et très fatigué a été si effrayé par ce bruit qu'il a posé un geste qui a rendu l'accident presque inévitable. Bien sûr, un juge de première instance qui a entendu les témoignages que j'ai résumés pourrait facilement conclure que le conducteur s'est rendu coupable de négligence grossière et je ne puis accepter l'opinion que sa décision devrait être écartée en appel.

Le savant juge de première instance était d'avis que même s'il n'avait pu conclure que le demandeur mineur avait fait la preuve que les actes du défendeur constituaient de la grossière négligence, il pouvait recourir à la règle *res ipsa loquitur* et, en se fondant sur cette règle, décider en faveur du demandeur.

En cour d'appel, les juges d'appel MacKay et Evans ont tous deux opiné que la règle ne s'appliquait pas. Le juge d'appel Evans a cité *Clerk & Lindsell on Torts*, 13^e éd., par. 967 à la p. [567]:

[TRADUCTION] La doctrine s'applique (1) lorsque la chose qui a causé le dommage était sous la seule direction ou le seul contrôle du défendeur ou de quelqu'un dont le défendeur est responsable ou sur lequel il exerce un droit de surveillance; (2) il découle de la nature de l'événement que, sans négligence, il ne se serait pas produit. Si ces deux conditions sont remplies, il s'ensuit, selon la prépondérance des probabilités, que le défendeur ou la personne dont il est responsable a dû être négligent. Il existe toutefois une autre condition négative; (3) il ne doit pas y avoir d'éléments de preuve relativement au pourquoi et au comment de l'incident. Si tel élément de preuve existe, il n'y a pas lieu alors d'invoquer la règle *res ipsa loquitur* puisque la négligence du défendeur devra être déterminée d'après cette preuve.

Je me contenterai, pour les fins des circonstances en l'espèce, d'accepter ce passage, comme l'a fait le juge d'appel Evans, comme une exacte description de la règle applicable en signalant que le savant auteur a employé le mot «doctrine» alors

sion seems to be that used by Lord Norman, in *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.*³, at p. 399, a "rule of evidence".

It was the opinion of both MacKay J.A. and Evans J.A. that there had been evidence as to why or how the occurrence took place and that therefore the maxim was inappropriate. MacKay J.A. also cited Kellock J. in this Court in *Gauthier & Co. Ltd. v. The King*⁴, at p. 152, that "skidding of a motor vehicle on a highway is a neutral fact equally consistent with negligence or no negligence". It is true that there was an explanation in the present case but that explanation was styled by the learned trial judge in the words which I have already cited that it was no answer even if believed in full. Kellock J., in the authority cited by MacKay J.A., i.e., *Gauthier & Co. Ltd. v. The King*, said that skidding was a neutral fact and then proceeded to examine all the evidence as to how the skid occurred and came to the conclusion that the evidence of the respondent, the Crown, did not amount to an answer to the *prima facie* case which had been adduced by the appellant, allowed the appeal, and gave to the appellant, the plaintiff, judgment.

In my view, an exactly similar course was taken by Osler J. at trial, in the present case. The learned trial judge considered the explanation given by the infant defendant and came to the conclusion that under all the circumstances it was not a valid explanation and that therefore the maxim applies. In my opinion, he was correct in such a course.

The judgment of the Court of Appeal resulted in that Court dismissing the action. Under such circumstances, it would not be usual for the Court to deal with the question of damages. By its judgment, the plaintiffs were not recovering any damages. The Court of Appeal for Ontario, however, proceeded to consider damages. The Court left untouched the award of special damages to the

que l'expression la plus juste semble être celle employée par lord Normand dans l'arrêt *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.*,³ à la p. 399, soit une [TRADUCTION] «règle de preuve».

Selon les juges d'appel MacKay et Evans, il y avait des éléments de preuve quant au pourquoi ou au comment de l'incident et par conséquent la règle n'était pas pertinente. Le juge d'appel MacKay a aussi cité le juge Kellock de cette Cour dans l'arrêt *Gauthier & Co. Ltd. c. The King*⁴, à la p. 152, que [TRADUCTION] «de dérapage d'une voiture sur une route est un fait neutre qui est aussi compatible avec la présence de négligence que son absence». Il est vrai qu'en l'espèce une explication a été fournie mais celle-ci a été formulée par le savant juge de première instance dans les termes que j'ai déjà cités à savoir que l'explication, même acceptée intégralement, n'en constituait pas une. Le juge Kellock, dans l'arrêt cité par le juge d'appel MacKay, c.-à-d. *Gauthier & Co. Ltd. c. The King*, a déclaré que le dérapage était un fait neutre et a continué ensuite en examinant l'ensemble de la preuve sur la façon dont le dérapage s'était produit et en est venu à la conclusion que la preuve de l'intimé, le Ministère public, n'était pas suffisante pour réfuter la preuve *prima facie* qui avait été présentée par l'appelante. Il a accueilli le pourvoi et rendu un jugement en faveur de la demanderesse appelante.

A mon avis, le juge Osler a suivi, en l'espèce, un cheminement semblable. Après avoir considéré l'explication fournie par le défendeur mineur, il a conclu qu'en tenant compte de toutes les circonstances, l'explication n'était pas valable et il a donc appliqué la règle, à bon droit selon moi.

L'arrêt de la Cour d'appel a entraîné le rejet par celle-ci de l'action. En de telles circonstances, il n'est pas habituel que la Cour traite de la question des dommages-intérêts puisqu'en vertu de son jugement les demandeurs n'en recouvrent point. Cependant, la Cour d'appel de l'Ontario a étudié la question des dommages. La Cour n'a pas modifié l'indemnité de \$24,118.88 accordée au deman-

³ [1950] 1 All E.R. 392.

⁴ [1945] S.C.R. 143.

³ [1950] 1 All E.R. 392.

⁴ [1945] R.C.S. 143.

adult plaintiff of \$24,118.88 and the award of \$150,000 less a ten per cent reduction to the infant plaintiff as compensation for pain and suffering, loss of enjoyment of life and the amenities of life, loss of life expectancy and inability to lead a normal life. The ten per cent reduction had been that determined by the learned trial judge as being the apportionment for the contributory negligence which he attributed to the infant plaintiff due to the infant plaintiff's failure to utilize the seat belt which was available to him on the front seat of the defendant's vehicle. There has been no appeal from such a ten per cent reduction.

The Court of Appeal, however, disagreed with the learned trial judge's award of \$95,000 damages to the infant plaintiff for diminution of earnings, special expenses, and costs of future hospitalization, Evans J.A. saying:

In so doing I believe the learned trial Judge erred in that he failed to take into account either the contingencies of life or the discount which should be allowed for the present value of a capital sum to cover future expenses.

It will be seen, therefore, that the award was subjected to two criticisms: firstly, a failure to take into account the contingencies of life, and, secondly, the failure to allow a discount to reflect present values.

The learned trial judge arrived at the sum of \$95,000 in the following fashion. He allowed an amount of \$2,805 per year for hospitalization for each year during the continuance of the infant plaintiff's life expectancy. He allowed \$1,500 per year to cover the additional expenses which the plaintiff incurred due to his rather terrible physical condition and he allowed \$2,500 per year as being the diminution of the plaintiff's earning ability due to his injuries. These three amounts the learned trial judge totalled to \$6,805. per year. The learned trial judge found that the infant plaintiff had, due to his injuries, a reduced life expectancy and that life expectancy, at the date of the trial, stood at 32.5 years. If the learned trial judge

deur adulte à titre de dommages spéciaux ni l'indemnité de \$150,000 moins dix pour cent de réduction accordée au demandeur mineur pour douleur et souffrance, perte de la jouissance et des agréments de la vie, diminution de la durée probable de sa vie et incapacité de mener une vie normale. Le savant juge de première instance avait déterminé la réduction de dix pour cent comme étant la quote-part pour la négligence contributive qu'il avait attribuée au demandeur mineur parce que celui-ci avait omis de porter la ceinture de sécurité qui était à sa disposition sur la banquette avant de la voiture du défendeur. Il n'y a pas eu d'appel de cette réduction de dix pour cent.

La Cour d'appel n'était toutefois pas d'accord avec le juge de première instance relativement à l'indemnité de \$95,000 en dommages-intérêts accordée au demandeur mineur pour diminution de ses gains, pour ses dépenses spéciales et pour les frais d'hospitalisation future. A ce sujet, le juge d'appel Evans déclarait:

[TRADUCTION] En accordant ce montant, je crois que le savant juge de première instance a commis une erreur car il n'a pas tenu compte des imprévus de la vie ni du rabais qui devrait être alloué sur la valeur actuelle du capital immobilisé aux fins de payer les dépenses futures.

On verra donc que cette indemnité fait l'objet de deux critiques: d'abord, le défaut de considérer les imprévus de la vie et en second lieu le défaut d'allouer un rabais qui tiendrait compte de la valeur actuelle du capital.

Le savant juge de première instance est arrivé à la somme de \$95,000 de la façon suivante. Il a attribué \$2,805 annuellement pour les frais d'hospitalisation pour chaque année durant la durée probable de la vie du demandeur mineur. Il a attribué \$1,500 par année pour les dépenses additionnelles résultant de l'état physique plutôt pénible du demandeur et \$2,500 par année à titre de diminution de la capacité de gains du demandeur en raison de ses blessures. Le total de ces trois montants selon le juge de première instance s'élevait à \$6,805 par année. Le savant juge de première instance a conclu que le demandeur mineur aurait, à cause de ses blessures, une durée probable de vie réduite et cette durée probable, à la date du

would have allowed a lump sum payment of $32.5 \times \$6,805$ he would have had to allow, by a mere exercise in arithmetic, \$221,112.50. The learned trial judge, however, only allowed \$95,000 and worked out \$95,000 as being a rounded out figure to cover $6.805 \times \$14,200$ which was a one payment annuity that would supply \$1,000 per year for 32.5 years. It is, therefore, apparent that the learned trial judge did, as to this figure, work out present values and allowed such present value rather than a mere arithmetical multiplication.

It is true the learned trial judge did not make any allowance on the \$6,805 per year for 32.5 years to represent contingencies of life. Such contingencies, of course, reflect the possibility that any one might, a few months after the accident, have suffered injuries for which he could not obtain compensation but which would curtail or eliminate his ability to earn a living. He might suffer financial disaster which would lessen or eliminate his earning ability. He might fall into personal habits such as alcoholism or drug addiction which again would reduce or eliminate his earning ability. There should be an allowance for these contingencies of life. Such allowances must vary with the individual circumstances in each particular case. The contingencies did not affect either of the annual figures of \$2,805 or \$1,500. Should the plaintiff's earning ability be prejudicially affected by accident or by other causes in the future, his hospital expenses and the additional costs for personal care represented by those two last named would continue unabated. It is only the sum of \$2,500 per year as loss of future income which is truly subject to this contingency and in the particular case of this infant plaintiff must be considered. Due to his condition and to the results of his injuries, he will lead a very sheltered life and will be constantly under medical care. There will be considerably less chance of him being in another non-compensable accident. It is unlikely he will be in a position where financial disaster will overtake him. He will be a worker in a sheltered

procès, était de 32.5 années. Si le savant juge de première instance avait accordé une somme globale de $32.5 \times \$6,805$, il aurait alloué, en faisant un simple calcul, \$221,112.50. Le savant juge de première instance n'a accordé toutefois que la somme de \$95,000 et a considéré cette somme comme une somme ronde représentant $6.805 \times \$14,200$, ce dernier montant représentant le coût d'une rente dont le rendement annuel serait de \$1,000 durant 32.5 années. Il est donc évident que le savant juge de première instance a, comme ce calcul le démontre, tenu compte de la valeur actuelle en déterminant l'indemnité et qu'il n'a pas procédé à une simple multiplication.

Il est vrai que sur la somme de \$6,805 par année pour 32.5 années, le savant juge de première instance n'a pas accordé de réduction pour les imprévus de la vie. Ces imprévus reflètent naturellement l'éventualité qu'une personne pourrait, quelques mois après l'accident, subir des blessures pour lesquelles elle ne pourrait obtenir d'indemnité mais qui auraient pour effet de diminuer sa capacité de gagner sa vie ou l'en empêcher. Elle peut être victime d'un désastre financier ou devenir alcoolique ou toxicomane, circonstances qui auraient les mêmes effets sur sa capacité de gain. Il devrait y avoir une réduction pour tenir compte de ces imprévus. Des réductions de ce genre peuvent varier dans chaque cas selon les circonstances particulières. Ces imprévus ne visent pas les montants annuels prévus de \$2,805 ou de \$1,500. Si la capacité de gain du demandeur subissait un préjudice en raison d'un accident ou d'une autre cause dans l'avenir, ses frais d'hospitalisation et les dépenses additionnelles pour ses soins personnels sous lesquels chefs ces deux dernières sommes ont été allouées, demeureraient inchangés. Il n'y a que le montant de \$2,500 par année comme perte de revenu futur qui est véritablement visé par les imprévus et qui doit être considéré en l'espèce dans le cas du demandeur mineur. En raison de son état et des conséquences de ses blessures, il mènera une existence recluse et sera continuellement sous les soins médicaux. Il y aura beaucoup moins d'occasion pour lui d'être impliqué dans un autre accident qui ne lui permettrait pas d'obtenir d'indemnité. Il est peu probable qu'il soit dans une position où il pourrait subir un désastre financier. Il sera

workshop not an independent business man.

The medical attention which he will receive constantly should be expected to have the effect of impeding any likelihood of personal habits detracting from his earning ability. It is much more likely that any diminution of earning ability should be due to utter frustration caused by his disability, the result of the accident giving rise to this action.

The Court of Appeal would have reduced that \$95,000 figure to \$50,000, a reduction of a little more than forty-seven per cent. In my opinion, a reduction of twenty-five per cent only on the \$1,500 annual amount would have been adequate under the circumstances; if the \$1,500 had been reduced by \$350 to cover the contingencies of life, it would only have reduced the \$95,000 by \$4,970. When one considers the amounts in question in the award of damages in this particular case and the estimation of \$2,500 per year reduction in the infant plaintiff's earning ability, surely it is most modest, then a sum less than \$5,000 is diminutive and one could not say that the award to include that \$5,000 would be inordinately high.

I would, therefore, allow the appeal and restore the judgment of the learned trial judge in full. The plaintiffs are entitled to their costs in this Court and in the Court of Appeal for Ontario.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Phelan, O'Brien, Rutherford, Lawer & Shannon, Toronto.

Solicitors for the respondents: Thomson, Rogers, Toronto.

ouvrier dans un atelier protégé plutôt qu'homme d'affaires à son compte.

Les soins médicaux qu'il recevra continuellement devraient avoir pour effet d'empêcher une déviation de conduite qui nuirait à sa capacité de gain. Il est plutôt vraisemblable que dans son cas une diminution de sa capacité de gain résulterait d'une profonde frustration causée par son incapacité, laquelle est la conséquence de l'accident qui a donné naissance à cette action.

La Cour d'appel aurait réduit le montant de \$95,000 à \$50,000, une réduction d'un peu plus de quarante-sept pour cent. A mon avis, une réduction de vingt-cinq pour cent calculé seulement sur le montant annuel de \$1,500 aurait été équitable dans les circonstances. Si la somme de \$1,500 avait été réduite de \$350 pour tenir compte des imprévus de la vie, la réduction totale serait seulement de \$4,970 sur \$95,000. Lorsqu'on considère les montants accordés en dommages-intérêts en l'espèce et l'évaluation de \$2,500 annuellement à titre de réduction de la capacité de gain du demandeur mineur, cela est certainement très modeste, et alors un montant de moins de \$5,000 est plutôt minime et personne ne peut dire que l'indemnité en incluant ce montant de \$5,000 est excessivement élevée.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance dans sa totalité. Les demandeurs ont droit à leurs dépens en cette Cour et en Cour d'appel de l'Ontario.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Phelan, O'Brien, Rutherford, Lawer and Shannon, Toronto.

Procureurs des intimés: Thomson, Rogers, Toronto.

Guthrie Swift (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Luke MacDougall (*Defendant*) *Respondent*.

1974: October 25; 1974: December 19.

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

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

Négligence—Householder's liability—Outer stairway in good condition—Guest on crutches fell on a patch of winter ice—Adequate clearing—Assistance refused by guest—Householder not bound to act so as to rule out any possibility of an accident—Civil Code, art. 1053.

Appellant, who long ago lost the use of his legs, went to visit respondent on a winter evening. On going up the outer stairway of respondent's residence, which the latter had cleared, appellant observed a few drops of water falling from the roof on his left. His visit concluded, appellant left the premises, keeping to the side of the stairway where he had noticed water when he arrived rather than the side where there was a railing. When he put one of his crutches onto the first step, it slid out under him on a small sheet of ice and he fell, sustaining bodily injuries. The trial judge concluded that the accident was caused by the fault of both parties, and that appellant should bear one-third of the damages and respondent two-thirds. Appellant did not appeal from this part of the judgment, holding him partly liable for the accident. The Court of Appeal concluded that respondent was not at fault. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge made an error of law when he concluded that respondent ought to have taken steps to avert all accidents. This error of law vitiates the trial judgment, and the Court of Appeal properly intervened. The liability of respondent must be seen in the light of art. 1053 C.C., which imposes the standard of reasonable conduct. No one is bound to act so as to rule out any possibility of an accident. On appellant's left as he descended the stairway there was a railing which he could have used. It is setting too high a standard to ask a householder who has taken reasonable care of his stairway to check at all times and ensure that there is not the slightest trace of ice in winter.

Guthrie Swift (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Luke MacDougall (*Défendeur*) *Intimé*.

1974: le 25 octobre; 1974: le 19 décembre.

Présents: Les juges Judson, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Négligence—Responsabilité de propriétaire—Chute d'un invité en béquille sur plaque de glace l'hiver—Escalier extérieur en bonne condition—Nettoyage adéquat—Aide refusée par invité—Propriétaire non tenu de prévenir toute possibilité d'accident—Code civil, art. 1053.

L'appellant, qui depuis longtemps avait perdu l'usage de ses jambes, est allé passer une soirée d'hiver chez l'intimé. En montant l'escalier extérieur de la résidence de l'intimé, qui avait été nettoyé par ce dernier, l'appellant a remarqué, du côté gauche en montant, quelques gouttes d'eau provenant du toit. Après la veillée l'appellant a quitté les lieux en se tenant du côté de l'escalier où il avait remarqué l'eau en entrant plutôt que de l'autre côté où se trouvait une balustrade. Lorsqu'il mit une de ses béquilles sur la première marche, cette béquille glissa sous lui sur une petite plaque de glace; d'où une chute entraînant des lésions corporelles. Le premier juge a conclu que l'accident avait été causé par la faute des deux parties, l'appellant devant supporter un tiers des dommages et l'intimé les deux tiers. L'appellant n'a pas appelé de cette partie du jugement le tenant responsable en partie de l'accident. Quant à l'intimé, la Cour d'appel a conclu à l'absence de faute. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être rejeté.

Le premier juge a commis une erreur de droit en concluant que l'intimé aurait dû prévenir toute possibilité d'accident. Cette erreur de droit vicie le jugement de première instance et la Cour d'appel a eu raison d'intervenir. La responsabilité de l'intimé doit être étudiée à la lumière de la règle de l'art. 1053 C.c. qui impose la norme d'une conduite raisonnable. Nul n'est tenu à une conduite visant à écarter toute possibilité d'accident. A main gauche, pour l'appellant, qui descendait l'escalier, il y avait une balustrade dont il aurait pu se servir. Ce serait être trop exigeant que de demander qu'un propriétaire qui a pris un soin raisonnable de son escalier le vérifie en tout temps pour s'assurer qu'il n'y ait pas la moindre trace de glace l'hiver.

APPEAL from the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, partly setting aside a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

O. Carter, Q.C., for the plaintiff, appellant.

P. Lesage, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—This action results from the fall of appellant on the outer stairway of the residence occupied by respondent at the time.

The relevant facts are as follows:

- The accident took place at about 1 a.m. on February 4, 1966, in good weather;
- the day before there had been a very light snowfall of about two-tenths of an inch during the day, which ceased at about 3 p.m.;
- at about 6 p.m. on February 3 respondent completely cleaned the three steps of his stairway, as well as the gallery in front of his door;
- at about 8 p.m. on the evening in question appellant, who had lost the use of his legs for all practical purposes in an accident nearly twenty years before, arrived at respondent's home for a card game;
- at the time appellant observed that the steps were in perfect order, except for a few drops of water from the roof on his left as he went up the stairway;
- after the card game, at about 12.30 a.m., two of the players left, offering to help appellant when they did so; the latter declined, and stayed at respondent's home until about 1 a.m., for a cup of coffee with respondent and his wife;
- appellant then left, keeping to the side of the stairway where he had noticed water when he arrived;
- as he was putting one of his crutches onto the first step, it slid out under him and he fell, sustaining bodily injuries;
- the crutch slid because of having been placed on a small sheet of ice, described by appellant as "a

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, rejetant en partie un jugement de la Cour supérieure. Appel rejeté.

O. Carter, c.r., pour le demandeur, appellant.

P. Lesage, pour le défendeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—La réclamation résulte de la chute de l'appelant dans l'escalier extérieur de la résidence qu'occupait alors l'intimé.

Les faits pertinents sont les suivants:

- l'accident est survenu vers 1 heure du matin, le 4 février 1966, alors qu'il faisait beau;
- la veille, il y avait eu au cours de la journée chute de neige très légère d'environ deux-dixième de pouce, les derniers flocons étant tombés vers 3 heures de l'après-midi;
- vers 6 heures du soir, le 3 février, l'intimé avait nettoyé parfaitement les trois marches de son escalier, ainsi que la galerie devant la porte;
- vers 8 heures ce soir-là, l'appelant, qui près de vingt ans auparavant avait perdu à toutes fins pratiques l'usage de ses jambes au cours d'un accident, est arrivé chez l'intimé pour participer à une partie de cartes;
- à ce moment-là, l'appelant a constaté que les marches étaient en parfait ordre, sauf que du côté gauche en montant l'escalier, il y avait quelques gouttes d'eau provenant du toit;
- après la partie de cartes, soit vers 12 heures 30 du matin, deux des participants ont quitté les lieux en offrant leur aide à l'appelant; celui-ci a décliné et est resté chez l'intimé jusque vers 1 heure pour prendre avec celui-ci et son épouse une tasse de café;
- l'appelant a alors quitté les lieux en se tenant du côté de l'escalier où il avait remarqué de l'eau en entrant;
- comme il mettait une de ses béquilles sur la première marche, cette béquille a glissé sous lui et il a subi une chute entraînant des lésions corporelles;
- la béquille a glissé pour avoir été posée sur une petite plaque de glace décrite par l'appelant

slight patch”, “a thin film”, the rest of the stairway being in perfect order;

—the temperature at 8 p.m. on February 3 was 25 degrees, and at 1 a.m. on the 4th, 22 degrees.

To complete the summary of facts it must be added that respondent and his wife were positive, especially the wife, that they asked appellant as he was leaving if he needed help to descend the stairs, and he replied that he did not. However, appellant was certain that no such offer was made to him. I do not consider, despite the attention paid to it by the Quebec Courts, that this point has much bearing on the outcome.

The trial judge concluded that the accident was caused by the fault of both parties, and that appellant should bear one-third of the damages and respondent two-thirds. It may be noted forthwith that there is no appeal from this part of the judgment, holding appellant partly liable for the accident.

Regarding plaintiff-appellant the trial judge said:

[TRANSLATION] Plaintiff himself acknowledges knowing there was a risk of ice forming, and before venturing onto the steps, which according to the evidence were in shadow, he could have tried to check their condition, or have it checked by his host, by asking him to help him get down the said steps.

Further, in holding respondent two-thirds liable, the trial judge took into consideration the following facts:

Defective construction of the stairway

As to this I concur in the view of Lajoie J. in the Court of Appeal:

[TRANSLATION] The stairway on which Swift fell seems to me to be constructed in the usual manner, as may be seen from the photographs, and no expert testimony was heard to indicate that it was not constructed in accordance with industry practice or normal standards of prudence.

The photographs referred to by Lajoie J. clearly establish that on appellant's left as he descended the stairway there was a railing which he could quite easily have used to facilitate his descent; it is

comme «a slight patch», «a thin film», le reste de l'escalier étant en parfait ordre;

—à 20 heures, le 3 février, la température était de 25 degrés et à 1 heure, le 4, de 22 degrés.

Pour compléter le tableau des faits, il faut ajouter que l'intimé et son épouse, particulièrement cette dernière, sont positifs qu'au moment du départ, ils ont demandé à l'appellant s'il avait besoin d'aide pour descendre l'escalier et qu'il a répondu dans la négative. Par ailleurs, l'appellant est convaincu qu'aucune offre de cette nature ne lui a été faite. Je ne crois pas que cet aspect ait de l'influence sur le résultat, même si les tribunaux du Québec s'y sont attardés.

Le premier juge en est venu à la conclusion que l'accident avait été causé par la faute des deux parties, l'appellant devant supporter un tiers des dommages et l'intimé les deux-tiers. Notons tout de suite qu'il n'y a pas eu d'appel de cette partie du jugement tenant l'appellant responsable en partie de l'accident.

Quant au demandeur-appellant, le premier juge s'exprime comme suit:

Le demandeur lui-même, il le déclare d'ailleurs, savait qu'il y avait danger de formation de glace, et avant de s'aventurer sur des marches qui, d'après la preuve, restaient dans l'ombre, il aurait pu essayer de vérifier l'état des lieux ou de le faire vérifier par son hôte en lui demandant de l'aider à descendre lesdites marches.

Par ailleurs, pour tenir l'intimé responsable dans la proportion des deux-tiers, le premier juge retient contre lui les faits suivants:

Construction défectueuse de l'escalier

Sur ce point, je partage l'opinion du juge Lajoie en Cour d'appel:

L'escalier dans lequel Swift fit une chute, tel que l'illustrent les photographies, me paraît normalement construit, et aucun expert n'a été entendu pour déclarer qu'il ne l'était pas suivant les règles de l'art ou les normes de la prudence.

Les photographies dont parle le juge Lajoie établissent clairement qu'à main gauche pour l'appellant, qui descendait l'escalier, il y avait une balustrade dont il aurait très bien pu se servir pour

true that this railing was not strictly speaking a handrail, but it was certainly enough to lend him the support he may have needed.

Defective maintenance of the stairway

This concerns the sheet of ice which produced appellant's fall, and in this connection it must be remembered that this sheet was, in the words of appellant, "a thin film", "a slight patch", on a stairway for which, unfortunately, we do not have exact measurements, but which was apparently, judging from the photographs, about three feet wide. The presence of a small sheet of ice, formed after 8 p.m. that evening and located at the end of a step near the wall, can hardly be regarded as negligence. Here again I concur in the view of Lajoie J.:

[TRANSLATION] The weather conditions prevailing between the time the stairway was cleaned and the time respondent fell were not such that they ought to have induced the householder to clean it again that evening, having cleaned it properly the first time. In my opinion it is setting too high a standard to ask a householder who has taken reasonable care of his stairway to check at all times and ensure that there is not the slightest trace of ice, during the Quebec City winter.

Failure to offer assistance

As I have already observed, this does not seem to me to be a major point. The parties were friends at the time, and if appellant had needed assistance, he could clearly have asked for it, and it would have been forthcoming. On this point, as on the two others, Lajoie J. of the Court of Appeal accurately summarized the position:

[TRANSLATION] I also agree with Rivard J. that the weight of evidence is that MacDougall offered Swift his help in descending the few steps forming the stairway, and that the latter refused, being familiar with the steps, with their shape and lighting. In my view, MacDougall did not then have a duty to insist on accompanying Swift, and he certainly cannot be reproached for not doing so despite the latter's refusal.

The erroneous conclusions of the trial judge as to the actions of respondent derive from the error of law which he made when he advanced the

faciliter sa descente; il est vrai que cette balustrade ne constitue pas une rampe à proprement parler mais elle était certainement suffisante pour lui donner le point d'appui dont il pouvait avoir besoin.

Entretien défectueux de l'escalier

Il s'agit ici de cette plaque de glace qui a entraîné la chute de l'appelant et à ce sujet, il faut se souvenir que cette plaque, dans les mots de l'appelant, était «a thin film», «a slight patch» dans un escalier dont, malheureusement, nous n'avons pas les dimensions exactes mais qui avait apparemment, d'après les photographies, environ trois pieds de large. La présence d'une petite plaque de glace constituée dans la soirée après 20 heures et située à l'extrémité d'une marche près du mur pourrait difficilement constituer une faute. Ici encore, j'adopterais l'opinion du juge Lajoie:

Les conditions atmosphérique qui prévalurent entre le moment où l'escalier fut nettoyé et celui de la chute de l'intimé n'étaient pas telles qu'elles aient dû constituer une incitation au propriétaire de la maison de faire un nouveau nettoyage dans la soirée le premier ayant été bien fait. Je crois que c'est être trop exigeant que de demander qu'un propriétaire qui a pris un soin raisonnable de son escalier vérifie en tout temps pour s'assurer qu'il n'y ait pas la moindre trace de glace l'hiver à Québec.

Défaut d'offrir de l'aide

Comme je l'ai déjà dit plus haut, ce point ne me semble pas majeur. Les parties à l'époque étaient des amis et si l'appelant avait eu besoin d'aide, il est clair qu'il aurait pu le demander et qu'il l'aurait aisément obtenue. Sur ce point, comme sur les deux autres, le juge Lajoie, en Cour d'appel, a parfaitement résumé la situation:

Je suis aussi d'accord avec monsieur le juge Rivard que la prépondérance de la preuve est que MacDougall offrit son aide à Swift pour descendre les quelques marches qui forment l'escalier et que celui-ci la refusa, connaissant bien les lieux, leur conformation et leur éclairage. A mon avis, MacDougall n'avait pas alors le devoir d'insister pour accompagner Swift et l'on ne saurait lui reprocher de ne pas l'avoir fait malgré lui.

Les conclusions erronées du premier juge quant à la conduite de l'intimé ont leurs sources dans l'erreur de droit qu'il a commise lorsqu'il a mis de

proposition that respondent [TRANSLATION] “ought, it would seem, *to have taken steps to avert all accidents*, by covering these steps with anti-slip material which would certainly have almost completely, if not totally, removed the danger” (emphasis added).

That standard has always been rejected by the courts; the liability of respondent must be seen in the light of art. 1053 C.C., which imposes the standard of reasonable conduct. No one is bound to act so as to rule out any possibility of an accident. This error of law vitiates the trial judgment, and the Court of Appeal properly intervened.

For these reasons, therefore, I would affirm the Court of Appeal judgment and dismiss the action, the whole with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Carter & Richer, Quebec.

Solicitors for the defendant, respondent: Amyot, Lesage, de Grandpré, Colas, Bernard & Drolet, Quebec.

l'avant la proposition que l'intimé «aurait dû, semble-t-il, *prévenir toute possibilité d'accident*, en étendant sur ces marches un antidérapant qui aurait certainement fait disparaître presque entièrement sinon totalement le danger». (Les mots en italiques sont de moi).

C'est là un critère que les tribunaux ont toujours écarté, la responsabilité de l'intimé devant être étudiée à la lumière de la règle de l'art. 1053 C.c. qui impose la norme d'une conduite raisonnable. Nul n'est tenu à une conduite visant à écarter toute possibilité d'accident. Cette erreur de droit vicie le jugement de première instance et la Cour d'appel a eu raison d'intervenir.

Pour ces motifs, je confirmerais donc le jugement de la Cour d'appel et renverrais l'action, le tout avec dépens.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs du demandeur, appellant: Carter & Richer, Québec.

Procureurs du défendeur, intimé: Amyot, Lesage, de Grandpré, Colas, Bernard & Drolet, Québec.

Denison Mines Limited *Appellant*;

and

Minister of National Revenue *Respondent*.

1974: April 25, 26; 1974: October 1.

Present: Martland, Judson, Pigeon, Dickson and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation—Income tax—Capital cost allowance—Mines—Passageways created by the mining of ore—Future re-use intended—Construction and extension expenditures not capital expenses—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 11(1)(a)—Income Tax Regulations, 1100(1)(a)(xii), Class 12, para. (f), Schedule B.

The appellant commenced production of uranium on January 1, 1958, and by virtue of Section 83(5) of the *Income Tax Act* was exempted from including in its income tax the income derived from the operation of its mine during the years 1958, 1959 and 1960. The mining of the ore was done by the "room and pillar" method which consisted of the driving of a passage into the ore body from which mining was then extended into rectangular rooms. All the passageways were driven through the ore body. The value of the ore extracted from the passageways exceeded the cost of opening them. During the period following January 1, 1958, the amounts spent in creating the passageways were treated by the appellant as current operating expenses, and the proceeds from the sale of ore obtained from the passageways as "revenue from production".

For the 1961 taxation year, the appellant sought to deduct the amount of \$9,229,794.33, being part of the amount alleged to have been the cost of the construction and extension of the passageways incurred in the 1958, 1959, 1960 and 1961 taxation years. This deduction was claimed by virtue of s. 11(1)(a) of the Act and para. (f) of Class 12 of Schedule B of the *Income Tax Regulations*, and Regulation 1100(1)(a)(xii) of these regulations. The appellant contended that the expenditures made for the construction and extension of the passageways were outlays on account of capital, the passageways being main haulageways or underground works within the meaning of para. (f). The Minister disallowed the deduction, regarding these expenditures as current business expenses. The Minister's assessment was upheld by the Trial Division of the Federal Court and by the Federal Court of Appeal. The taxpayer appealed.

Denison Mines Limited *Appelante*;

et

Le Ministre du Revenu National *Intimé*.

1974: les 25 et 26 avril; 1974: le 1^{er} octobre.

Présents: Les juges Martland, Judson, Pigeon, Dickson et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Revenu—Impôt sur le revenu—Allocation de coût en capital—Mines—Galeries créées par extraction du minerai—Réutilisation ultérieure prévue—Dépenses de construction et prolongement des galeries non dépenses de capital—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 11(1)a—Règlements de l'impôt sur le revenu, règle 1100(1)a xii, catégorie 12, annexe B, par. f).

L'appelante a commencé la production d'uranium le 1^{er} janvier 1958 et a été exemptée en vertu de l'art. 83(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'inclure dans son revenu le revenu provenant de l'exploitation de sa mine durant les années 1958, 1959 et 1960. L'extraction du minerai était faite suivant la méthode «chambre et piliers», laquelle consiste à creuser un passage à l'intérieur du gisement, d'où l'exploitation est alors prolongée jusque dans des chambres rectangulaires. Toutes les galeries ont été pratiquées à l'intérieur du gisement. La valeur du minerai extrait des galeries a dépassé le coût d'ouverture de ces galeries. Durant la période qui a suivi le 1^{er} janvier 1958, les montants dépensés pour créer les galeries ont été traités par l'appelante comme des dépenses courantes d'exploitation et le produit de la vente du minerai extrait des galeries comme «revenu tiré de la production».

Pour l'année d'imposition 1961, l'appelante a voulu déduire le montant de \$9,229,794.33, étant une partie du montant allégué comme coût de construction et de prolongement des galeries au cours des années d'imposition 1958, 1959, 1960 et 1961. Cette déduction était réclamée en vertu de l'art. 11(1)a) de la *Loi* et de l'al. f) de la catégorie 12 de l'annexe B des *Règlements de l'impôt sur le revenu* et de la règle 1100(1)a)(xii) de ces Règlements. L'appelante a prétendu que les dépenses faites pour construire et prolonger les galeries étaient des dépenses de capital, les galeries étant des voies principales de roulage ou travaux souterrains au sens de l'al. f). Le Ministre a refusé cette déduction, considérant ces dépenses comme des dépenses courantes d'entreprise. La Division de première instance de la Cour fédérale ainsi que la Cour d'appel fédérale ont affirmé la cotisation du Ministre. Le contribuable en a appelé.

Held: The Appeal should be dismissed.

Even though the appellant planned its extraction operations so as to leave it with haulageways that were of enduring benefit to its business, the cost of such extraction operations was, in accordance with ordinary business principles, the cost of earning the profits made by selling the ore extracted from them. That being so there was no cost and therefore no capital cost of acquiring the haulageways.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ affirming a judgment of the Trial Division² which dismissed an appeal against an assessment made by the Minister. Appeal dismissed.

J. J. Robinette, Q.C., and Ronald Robertson, Q.C., for the appellant.

D. G. H. Bowman and M. J. Bonner, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal which unanimously dismissed the appellant's appeal from a judgment of Cattanach J. in the Federal Court, Trial Division, which, in turn, dismissed the appellant's appeal from an assessment by the respondent, hereinafter referred to as "the Minister", in respect of the income of the appellant, hereinafter referred to as "the Company", for the 1961 taxation year.

The Company's principal business is mining and exploring for minerals. On March 24, 1960, Can-Met Explorations Limited, hereinafter referred to as "Can-Met", and Consolidated Denison Mines Limited, hereinafter referred to as "Consolidated", were amalgamated under the Company's name.

Early in 1954 Consolidated had acquired property containing the largest uranium deposit known in the world. Consolidated was a party to a contract to supply some 20 million pounds of uranium oxide to a Crown corporation with fixed amounts to be delivered at specified times. Consolidated, under the contract, had 18 months within which to commence production. The learned trial judge

¹ [1972] F.C. 1324.

² [1971] F.C. 295.

Arrêt: L'appel doit être rejeté.

Même si l'appelante a organisé ses travaux d'extraction de façon à se retrouver avec des voies de roulage constituant un bien durable pour son entreprise, le coût de ces travaux d'extraction constitue, selon les principes commerciaux courants, des frais engagés pour gagner les profits tirés de la vente du minerai extrait. Ainsi, il n'y a pas eu de coût d'acquisition et, par conséquent, pas de coût en capital pour les voies de roulage.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédérale¹ confirmant un jugement de la division de première instance² lequel rejetait un appel à l'encontre d'une cotisation du Ministre. Appel rejeté.

J. J. Robinette, c.r., et Ronald Robertson, c.r., pour l'appelante.

D. G. H. Bowman, et M. J. Bonner, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le pouvoir est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale, laquelle, unanimement, a rejeté l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre d'un jugement du juge Cattanach prononcé en Cour fédérale, Division de première instance, qui avait lui aussi rejeté l'appel fait par l'appelante à l'encontre d'une cotisation de l'intimé, ci-après appelé «le Ministre», relative au revenu de l'appellant, ci-après appelé «la Compagnie», pour l'année d'imposition 1961.

L'activité principale de la Compagnie est l'exploitation et l'exploration minière. Le 24 mars 1960, Can-Met Explorations Limited, ci-après appelée «Can-Met», et Consolidated Denison Mines Limited, ci-après appelée «Consolidated», ont été fusionnées sous le nom de la Compagnie.

Au début de 1954 Consolidated avait acquis un terrain contenant le plus grand dépôt d'uranium connu. Consolidated était partie à un contrat de fourniture de quelque 20 millions de livres d'oxide d'uranium à une corporation de la Couronne, des quantités déterminées devant être livrées à des époques spécifiées. Consolidated, en vertu du contrat, devait commencer la production dans un délai

¹ [1972] C.F. 1324.

² [1971] C.F. 295.

found that this was a very short time to do so and to mine and exploit an orebody of such size. He said that there was a great urgency in this contract. Consolidated commenced production on January 1, 1958, and Can-Met went into production on June 1, 1958.

Since Consolidated commenced production January 1, 1958, which date was also the date determined by the Minister for the purposes of s. 83 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, by virtue of s. 83(5) of that Act, hereinafter referred to as "the Act", it was exempted from including in its income the income derived from the operation of its mine during the years 1958, 1959 and 1960. There has been no production from the Can-Met property since the date of amalgamation.

The main ore zone of the Company's mine consists of two uranium-bearing conglomerate beds designated as Reef A and Reef B dipping from north to south at an average angle of 19 degrees. Above these are three other reefs, designated as Reefs D, E and F, which have not yet been touched. The upper end of the main ore zone is 550 feet below the surface and the zone deepens to 3,000 feet at its southern boundary.

The main ore zone is reached by two main vertical shafts about one-half mile apart, from which radiate main roadways and conveyor ways to form the framework of the mine. From these main arteries other passages extend into the active mining area.

The mining of the ore in the A and B Reefs is done by the "room and pillar" method, which consists of the driving of a passage into the orebody from which mining is then extended into rectangular rooms spaced regularly in the inclined orebody. Pillars separate the rooms. As mining advances, each room attains the approximate size of 65 feet wide, 250 feet long and 16 feet high. The pillars are 20 feet wide and extend the entire length of the room. The ore is drilled and blasted and then removed from the room through a small opening into the passageway. When the broken ore

de 18 mois. Le savant juge de première instance a conclu qu'il s'agissait là d'un délai très court pour ce faire et pour exploiter un gisement de cette dimension. Il a dit que ce contrat revêtait un caractère de grande urgence. Consolidated a commencé à produire le 1^{er} janvier 1958, et Can-Met est entrée en production le 1^{er} juin 1958.

Puisque Consolidated a commencé à produire le 1^{er} janvier 1958, date qui a été également la date fixée par le Ministre aux fins de l'art. 83 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, elle était, de par le par. (5) de l'art. 83 de cette Loi, ci-après appelée «la Loi», exemptée d'inclure dans son revenu le revenu provenant de l'exploitation de cette mine durant les années 1958, 1959 et 1960. Aucune production n'a été tirée de la propriété de Can-Met depuis la date de la fusion.

La zone principale de minéralisation de la mine de la Compagnie consiste en deux lits de conglomérat uranifère désignés comme filons A et B inclinés du nord au sud selon un angle moyen de 19 degrés. Au-dessus de ceux-ci il y a trois autres filons, désignés comme étant les filons D, E et F, lesquels n'ont pas encore été touchés. L'extrémité supérieure de la principale zone de minéralisation se trouve à 550 pieds au-dessous de la surface et la zone descend jusqu'à 3,000 pieds à sa limite sud.

On atteint la principale zone de minéralisation par deux puits verticaux principaux situés à un demi mille l'un de l'autre, d'où rayonnent les galeries principales et voies à convoyeur qui forment l'ossature de la mine. De ces principales artères d'autres passages vont rejoindre la zone d'exploitation active.

L'extraction du minerai des filons A et B est faite suivant la méthode «chambres et piliers», laquelle consiste à creuser un passage à l'intérieur du gisement, d'où l'exploitation est alors prolongée jusque dans des chambres rectangulaires espacées de façon régulière dans le gisement incliné. Des piliers séparent les chambres. À mesure que l'exploitation progresse, chaque chambre atteint une dimension d'environ 65 pieds de large, 250 pieds de long et 16 pieds de haut. Les piliers sont larges de 20 pieds et font toute la longueur de la chambre. Le minerai est foré et abattu et ensuite on

is scraped from the rooms it is loaded into large rubber-tired, 20-ton trucks and hauled to a belt conveyor which carries the broken ore to an underground crusher installed in 1969. In the period in question the ore was taken to one of the vertical shafts where it was raised to the surface and further processed until it became the final product, uranium oxide.

It is intended, when circumstances require, to drive the passageways to the extremities of the ore zone in the A and B Reefs. At some future time the D, E and F Reefs will be mined simultaneously. The broken ore from these reefs will be dropped into the passageways created in mining the A and B Reefs and the conveyor ways and other facilities existing in the passageways will be used for the removal of this ore to the surface.

The passageways were driven through the ore-body and not in the waste rock beneath. The ore extracted in creating the passageways went into production along with the ore mined from the rooms, there being no difference in the quality. The value of the ore extracted from the passageways exceeded the cost of opening those passageways.

In the period following January 1, 1958, the amounts spent in creating the passageways were treated by the Company, in its published financial statements, as current operating expenses deducted in determining net profit for the year. The proceeds from the sale of ore obtained from the passageways were shown in the Company's published financial statements for 1958, 1959 and 1960 as "Revenue from Production" and in 1961 were included in the computation of "Operating Profit".

In the income tax returns for 1958, 1959 and 1960 the expenses and revenues in connection with the passageways were treated no differently than they were treated in the published financial statements.

In computing its income for purposes of the Act for its 1961 taxation year the Company sought to

l'enlève de la chambre et le fait passer dans la galerie par une petite ouverture. Lorsque le minerai abattu est raclé à l'extérieur des chambres, il est chargé dans de gros wagons de 20 tonnes munis de pneus en caoutchouc et roulé jusqu'à un convoyeur à bande qui transporte le minerai abattu à un broyeur sous-terrain installé en 1969. Durant la période en question, le minerai était conduit à un des puits verticaux, où il était monté à la surface et ensuite traité jusqu'à ce qu'il devienne la produit final, l'oxide d'uranium.

Il est prévu, lorsque les circonstances l'exigeront, de prolonger les galeries jusqu'aux extrémités de la zone de minéralisation dans les filons A et B. A une époque ultérieure, les filons D, E et F seront exploités simultanément. Le minerai abattu de ces filons sera jeté dans les galeries créées par l'exploitation des filons A et B et les voies à convoyeur et autres installations s'y trouvant déjà seront utilisées pour transporter ce minerai à la surface.

Les galeries ont été pratiquées à l'intérieur du gisement et non pas dans la roche stérile située en-dessous. Le minerai extrait au cours de la création des galeries a été dirigé à la production avec le minerai extrait des chambres, car il n'y avait aucune différence quant à la qualité. La valeur du minerai extrait des galeries a dépassé le coût d'ouverture de ces galeries.

Dans la période qui a suivi le 1^{er} janvier 1958, les montants dépensés pour créer les galeries ont été traités par la Compagnie, dans ses états financiers publiés, comme des dépenses courantes d'exploitation déduites aux fins du calcul du bénéfice net pour l'année. Le produit de la vente du minerai extrait des galeries apparaît dans les états financiers publiés de la compagnie pour 1958, 1959 et 1960 comme «revenu tiré de la production» et en 1961 il a été inclus dans le calcul du «profit d'exploitation».

Dans les déclarations d'impôt sur le revenu des années 1958, 1959 et 1960, les dépenses et recettes relatives aux galeries ne sont pas traitées différemment de la façon dont elles ont été traitées dans les états financiers publiés.

Dans le calcul de son revenu aux fins de la Loi pour l'année d'imposition 1961, la Compagnie a

deduct the amount of \$9,229,794.33, being part of the amount of \$21,288,243 alleged to have been the cost of the construction and extension of the passageways incurred in the 1958, 1959, 1960 and 1961 taxation years. The Company claimed such deduction on the basis of s. 11(1)(a) of the Act and para. (f) of Class 12 of Schedule B to the *Income Tax Regulations* and Regulation 1100(1)(a)(xii) of the said Regulations. The Minister disallowed this claim for deduction.

Section 11(1)(a) of the Act reads as follows:

11. (1) Notwithstanding paragraphs (a), (b) and (h) of subsection (1) of section 12, the following amounts may be deducted in computing the income of a taxpayer for a taxation year:

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;

Paragraph (f) of Class 12 of Schedule B to the *Income Tax Regulations* reads as follows:

Property not included in any other class that is

(f) a mine shaft, main haulage way or similar underground work designed for continuing use, or any extension thereof, sunk or constructed after the mine came into production.

By virtue of Regulation 1100, s. (1), para. (a) (xii), there is allowed to a taxpayer, in computing its income from a business or property, deductions in each taxation year equal to such amounts as it may claim in respect of property of each of the classes in Schedule B not exceeding, in respect of property of Class 12, 100 per cent.

The Company contended that the expenditures made for the construction and extension of the passageways were outlays on account of capital, such passageways being main haulage ways or underground works within the meaning of para. (f) cited above.

voulu déduire le montant de \$9,229,794.33, étant une partie du montant de \$21,288,243 allégué comme coût de construction et de prolongement des galeries au cours des années d'imposition 1958, 1959, 1960 et 1961. La Compagnie a réclamé cette déduction en invoquant l'al. a) du par. (1) de l'art. 11 de la Loi et l'al. f) de la catégorie 12 de l'annexe B des *Règlements de l'impôt sur le revenu* ainsi que le sous-al. (xii) de l'al. a) du par. (1) de la règle 1100 desdits Règlements. Le Ministre a refusé la déduction réclamée.

L'al. a) du par. (1) de l'art. 11 de la Loi se lit comme suit:

11. (1) Par dérogation aux alinéas a), b) et h) du paragraphe (1) de l'article 12, les montants suivants peuvent être déduits dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

a) la partie de ce que coûtent en capital les biens au contribuable, ou la somme à l'égard de ce que coûtent en capital les biens au contribuable, s'il en est, qui est allouée par règlement;

L'alinéa f) de la catégorie 12 de l'annexe B des *Règlements de l'impôt sur le revenu* se lit comme suit:

Les biens non compris dans aucune autre catégorie constitués par

f) un puits de mine, une voie principale de roulage ou d'autres travaux souterrains semblables destinés à un usage continu, ou tout prolongement des susdits, creusés ou construits après l'entrée en production de la mine.

De par le sous-al. (xii) de l'al. a) du par. (1) de la règle 1100, il est alloué au contribuable dans le calcul de son revenu d'une entreprise ou de biens, des déductions pour chaque année d'imposition égales aux montants qu'il peut réclamer à l'égard de biens de chacune des catégories comprises dans l'annexe B, sans dépasser, à l'égard de biens de la catégorie 12, 100 pour cent.

La compagnie a prétendu que les dépenses faites pour construire et prolonger les galeries étaient des dépenses de capital, de telles galeries étant des voies principales de roulage ou travaux souterrains au sens de l'al. f) précité.

The Minister contended that these expenditures were current business expenses. The Minister made other submissions, but, in the light of my view as to the disposition of the main issue between the parties, it is not necessary for me to discuss them.

The learned trial judge was of the view that the underground passages were for the enduring benefit to the Company's trade. He said:

I have no doubt that the underground passages, or a very substantial portion of them are assets for the enduring benefit of the trade within the meaning of those words used by Viscount Cave, L.C. in *British Insulated and Helsby Cables, Limited v. Atherton*, [1926] A.C. 205, in the most notable and frequently cited declaration on this subject. He said at page 212:

"... But when an expenditure is made, not only once and for all, but with a view to bringing into existence an asset or an advantage for the enduring benefit of a trade, I think that there is very good reason (in the absence of special circumstances leading to an opposite conclusion) for treating such an expenditure as properly attributable not to revenue but to capital ..."

These passage-ways on their completion became haulage ways for the transportation of ore from the rooms to conveyors, they provided necessary ventilation to the areas where mining was being carried on, and they provided a means of access by personnel. It is true that when work in a particular area was completed in the first phase of the mining operation the passage-ways were flooded or sealed off to prevent the hazard from the radio-active nature of the ore. However, the evidence was conclusive that on the retreat from the outer boundaries for the removal of the ore in the pillars those passage-ways would be opened and utilized. Those that remain open will be similarly utilized.

While to date all mining has been done in the A and B zones, the passage-ways will be utilized when and if mining operations are conducted in the D, E and F zones. I entertain some doubt as to whether the plan of the passages in the A and B zones was dictated by a plan for this future mining of the D, E and F zones. It might well be that the plan for the mining of the D, E and F zones will be dictated by the location of the existing passages in the A and B zones, but the evidence is conclusive, in my view, that the passage-ways will be utilized to mine the upper zones. To do otherwise would be a useless duplication. Further, these passage-ways have the quality of permanence to render them an

Le Ministre a prétendu que ces dépenses étaient des dépenses courantes d'entreprise. Le Ministre a avancé d'autres prétentions, mais, à la lumière de la façon dont j'envisage le règlement de la question principale en litige entre les parties, il ne m'est pas nécessaire d'en traiter.

Le savant juge de première instance a été d'avis que les passages souterrains donnaient un avantage durable au commerce de la compagnie. Il a dit:

Je ne doute pas que les voies souterraines, ou leur majeure partie, soient des biens qui bénéficient de façon durable à l'entreprise au sens des mots du L.C. vicomte Cave dans l'arrêt *British Insulated and Helsby Cables Ltd. c. Atherton*, [1926] A.C. 205, extraits de la déclaration la plus remarquable et la plus fréquemment citée sur ce point. Il déclarait à la page 212:

[TRADUCTION] ... Mais quand on fait des dépenses non seulement une fois pour toutes, mais encore dans le but d'apporter un élément d'actif ou un avantage pour le bénéfice durable d'un commerce, je pense qu'il y a de très bonnes raisons (en l'absence de circonstances particulières conduisant à une conclusion contraire) de traiter une telle dépense comme si elle était à juste titre imputable non pas au revenu mais au capital.

Une fois terminées, ces galeries sont devenues des voies de roulage pour le transport du minerai des chambres jusqu'aux convoyeurs; elles assuraient la ventilation nécessaire aux points d'exploitation et elles constituaient une voie d'accès pour le personnel. Il est exact que dans la première phase des opérations minières lorsque le travail était terminé à un endroit déterminé, les galeries étaient inondées et scellées pour protéger du danger de la radioactivité du minerai. Cependant la preuve a démontré qu'au retour, ces galeries seraient réouvertes et réutilisées pour l'extraction du minerai des piliers. Celles qui restent ouvertes seront utilisées de la même façon.

Bien qu'à date, toute l'exploitation ait été menée dans les zones A et B, les galeries seront utilisées lorsque les opérations minières commenceront dans les zones D, E et F. J'ai quelques doutes sur le plan des galeries dans les zones A et B quant à savoir s'il a été conçu en fonction d'un plan d'exploitation future des zones D, E et F. Il se pourrait bien que le plan d'exploitation des zones D, E et F soit fonction de l'emplacement des galeries actuelles dans les zones A et B mais la preuve est concluante, à mon avis, que les galeries seront utilisées pour exploiter les zones supérieures. Agir autrement serait un dédoublement inutile. En outre, ces galeries ont la qualité d'être permanentes, ce qui en fait un

enduring benefit within the meaning of the authorities. "Enduring" is a relative term and does not mean "ever-lasting". The passage-ways will endure throughout the life time of the mine.

He went on to hold, however, that in the light of the special circumstances of this case, the enduring benefit derived from the passages did not make it necessary to find that the expenditures for the extraction of ore from the passages should be regarded as capital expenditures in assessing the Company's income. After stating that the operation must be looked at objectively, rather than subjectively, he said:

In doing so the preponderance of the evidence leads me to the conclusion that the expenditures were made in furtherance of the appellant's business of extracting ore. The activity was in fact current ore extraction to meet the appellant's immediate need to produce ore. What the appellant did was to extract ore and that was anticipated by the appellant as the direct and immediate result of its expenditures even though the ultimate result of that activity was an asset that endured to the benefit of the appellant's business. In my opinion the expenditures here in question are current operating expenses laid out as an integral part of the profit-making activity of the company. They were costs incidental to the production and sale of the output of the mine and as such are operating costs.

There are *indicia* confirming this conclusion. Approximately 50% of the ore produced by the appellant was extracted from the passage-ways. The expenditures made by the appellant were entered in its financial report to shareholders as prepared by its auditors as cost of production in computing its annual profit in both the preproduction and post-production periods. In the appellant's income tax returns the expenditures were described as cost of sales. The haulage ways do not appear in any balance sheet as a capital asset. The proceeds from the ore recovered as a direct result of the activity which gives rise to the expenditures formed part of the appellant's revenue from production. There was no basal difference in the technique of removing ore from the passage-ways and removing ore from the room. The ore from both sources formed the output of the mine. With that consideration in mind it would be incongruous to treat the cost of removing the ore from the rooms as a current expense and that of removing ore from the passage-ways as a capital expense. The only justification for so doing would be that as a result of the extraction of ore from the passage-ways an asset of

avantage durable au sens de la jurisprudence. «Durable» est un terme relatif et ne veut pas dire «perpétuel». Les galeries dureront pendant toute la durée d'exploitation de la mine.

Il a conclu, cependant, qu'à la lumière des circonstances spéciales de l'affaire, l'avantage durable tiré des passages ou galeries ne faisait pas qu'il était nécessaire de conclure que les dépenses d'extraction de minerai des passages devaient être considérées comme des dépenses de capital dans l'évaluation du revenu de la compagnie. Après avoir dit que l'opération doit être considérée objectivement plutôt que subjectivement, il continue:

En agissant ainsi, l'aspect prédominant de la preuve m'amène à conclure que les dépenses avaient pour but de contribuer au fonctionnement de l'entreprise de l'appelante, l'extraction de minerai. L'activité consistait en fait à extraire du minerai pour faire face aux besoins immédiats de l'appelante de produire du minerai. Ce que l'appelante a fait fut d'extraire le minerai et c'est ce qu'elle envisageait comme résultat direct et immédiat de ses dépenses même si le résultat final de cette activité a constitué un actif durable dont a bénéficié l'appelante. A mon avis, les dépenses en cause sont des dépenses courantes d'exploitation effectuées comme partie intégrante des activités lucratives de la compagnie. C'était des dépenses accessoires à la production et la vente de ce qui était extrait de la mine et comme telles ce sont des dépenses d'exploitation.

D'autres données confirment cette conclusion. Environ 50% du minerai produit par l'appelante a été extrait des galeries. Dans son rapport financier distribué à ses actionnaires et préparé par ses vérificateurs, les dépenses encourues par l'appelante apparaissent, dans le calcul de son bénéfice annuel, comme coût de production tant pour les périodes précédant l'entrée en production que pour les périodes postérieures. Dans ses déclarations d'impôt sur le revenu, ces dépenses ont été décrites comme coût des ventes. Les voies de roulage n'apparaissent dans aucun bilan comme actif immobilisé. La valeur provenant du minerai récupéré, résultat direct de l'activité faisant naître les dépenses, était intégrée au revenu de l'appelante provenant de la production. Il n'y a aucune différence fondamentale dans la technique d'extraction du minerai des galeries et de l'extraction du minerai des chambres. Ce minerai provenant de ces deux sources constituait la production de la mine. Tenant compte de cela, il serait absurde de considérer les frais d'extraction du minerai de ces chambres comme une dépense courante et ceux d'extraction du minerai des galeries comme des dépenses de capital. La seule

enduring benefit to the appellant's trade resulted. But I have said above, the fact that a capital asset, in the sense of an enduring benefit resulting, does not necessarily make the expenditures expended therefor capital expenditures rather than revenue expenditures.

He decided that his conclusion effectively disposed of the main issue in the appeal.

The Federal Court of Appeal agreed with this decision. Jackett C.J., who delivered the judgment of the Court, said:

In considering that question, it must be emphasized that, as far as appears from the pleadings or the evidence, no more money was spent on extracting the ore the extraction of which resulted in the haulageways than would have been spent if no long term continuing use had been planned for them.

One business or commercial principle that has been established for so long that it is almost a rule of law is that "The profits . . . of any transaction in the nature of a sale must, in the ordinary sense, consist of the excess of the price which the vendor obtains on sale over what it cost him to procure and sell, or produce and sell, the article vended . . ." (See *The Scottish North American Trust, Ltd. v. Farmer*, (1910) 5 T.C. 693, per Lord Atkinson at page 705.)

Our difficulty, at the outset, with the appellant's claim for capital cost allowance is therefore, that we cannot accept the submission of the appellant that, while the profit from the mining operation, as far as the ore taken from its rooms is concerned, is the net of proceeds of disposition over costs of extraction, the profit from the mining operation, as far as the ore taken from the "haulageways" is concerned, is the proceeds of disposition without deducting the costs of extraction of such ore. That submission is contrary to a long line of authority.

In the second place, if we are correct in our view that the deduction of such costs is required in preparing the profit and loss account for the year in which they are incurred, it would not seem that any sound system of accounting could show them also as a "capital cost" of something other than the ore. No single disbursement can be reflected twice in the accounts, if the result is to be an accurate reflection of the state of the businessman's affairs.

justification serait que l'extraction du minerai des galeries a procuré un avantage durable à l'entreprise de l'appelante. Mais, je l'ai déjà mentionné, le fait qu'il y ait un actif immobilisé, au sens d'un avantage durable, ne transforme pas nécessairement les dépenses encourues pour le réaliser en dépenses de capital par opposition à des dépenses ordinaires.

Il a statué que cette conclusion avait pour effet de régler la principale question en litige dans l'appel.

La Cour d'appel fédérale a souscrit à cette décision. Le juge en chef Jackett, qui a prononcé l'arrêt de la Cour, a dit:

Dans l'étude de cette question, il faut signaler qu'il ressort des plaidoiries et de la preuve qu'on n'a pas consacré plus de fonds à l'extraction du minerai, extraction qui a abouti à la création des voies de roulage, qu'on ne lui en aurait consacré si l'on n'avait pas projeté une utilisation ultérieure desdites voies.

Il existe un principe commercial accepté depuis si longtemps qu'il est presque devenu une règle de droit: [TRADUCTION] Au sens courant du terme, «les profits . . . tirés de toute opération présentant le caractère d'une vente sont nécessairement constitués de la différence entre le prix que le vendeur obtient sur ce qu'il lui en a coûté pour se procurer et vendre, ou produire et vendre, l'article en cause . . .» (Voir l'arrêt *The Scottish North American Trust, Ltd. c. Farmer* (1910) 5 T.C. 693, à la page 705, Lord Atkinson.)

Au départ, l'appelante est en difficulté dans sa demande d'allocation à l'égard du coût en capital car nous ne pouvons admettre son argument que les profits de l'exploitation minière provenant du minerai extrait des chambres représentent l'excédent du produit de la vente sur les frais d'extraction tandis que les profits provenant du minerai extrait des «voies de roulages» représentent le produit de la vente, sans en soustraire les frais d'extraction du minerai. Une jurisprudence abondante va à l'encontre de cet argument.

En second lieu, si nous avons raison d'estimer qu'il faut déduire ces frais en dressant l'état des profits et pertes de l'année où ils ont été engagés, il semble qu'aucune comptabilité valable ne les indiquerait en même temps comme «coût en capital» de quelque chose d'autre que le minerai. Aucun déboursé ne peut figurer à deux reprises dans les comptes, si ces derniers doivent être une image exacte de la situation de l'entreprise.

That conclusion is sufficient to dispose of the appeal because if there is no "capital cost" of property, section 11(1)(a) does not authorize capital cost allowance.

He also made the following statement later in his reasons:

We are of the view that, even though the appellant planned his extraction operations so as to leave it in the result with "haulageways" that are of enduring benefit to its business, the cost of such extraction operations is, in accordance with ordinary business principles, the costs of earning the profits made by selling the ore extracted from them. If that is right, there was no cost, and therefore no "capital cost", of acquiring the haulageways.

I am in agreement with the reasons of the learned trial judge and with the comments made in the judgment of the Federal Court of Appeal, which I have cited. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

Cette conclusion suffit pour trancher l'appel, car s'il n'y a pas de «coût en capital» du bien, il ne peut y avoir d'allocation à l'égard du coût en capital en vertu de l'article 11(1)a).

Il a dit également ceci plus loin dans ses motifs:

Nous estimons que, même si l'appelante a organisé ses travaux d'extraction de façon à finalement se retrouver avec des «voies de roulage» constituant un bien durable pour son entreprise, le coût de ces travaux d'extraction constitue, selon les principes commerciaux courants, des frais engagés pour gagner les profits tirés de la vente du minerai extrait. Si cette conclusion est exacte, il n'y a pas eu de coût d'acquisition des voies de roulage et, par conséquent, pas de «coût en capital».

Je souscris aux motifs du savant juge de première instance et aux commentaires faits dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, que j'ai cités. Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: McCarthy & McCarthy, Toronto

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.

Yar Slavutych *Appellant*;

and

T. D. Baker, Dr. H. B. Collier, Dr. W. H. Swift and the Board of Governors of the University of Alberta *Respondents*.

1974: December 10; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Evidence—Faculty member requested to give opinion about fellow staff member—Statements made in confidential document—Error in law on part of arbitration board in considering faculty member's statements as grounds for his dismissal.

Pursuant to s. 122 of the University of Alberta Faculty Handbook, dismissal proceedings were instituted against the appellant, a member of the university's Department of Slavonic Languages. An arbitration board, consisting of the three individual respondents, considered four charges contained in a letter from the president of the university to the appellant. As to three of the charges the board found that two of them had not been established, and the third, although established, was not sufficient cause for dismissal. On the fourth charge, which dealt with a confidential document, referred to as a "tenure form sheet", the board found that the evidence provided sufficient grounds for dismissal. It was the board's opinion that the appellant, in using the language he did with reference to a fellow staff member, was guilty of a serious misdemeanour sufficient that he should stand dismissed for cause.

The document in question had been completed by the appellant at the request of the university authorities, acting through the head of the Department of Slavonic Languages. It was headed "Confidential" and the directions for submission thereof requested that it be forwarded in a "sealed envelope marked Confidential". Moreover, the appellant stated, and he was not contradicted, that he was informed by the head of the department that the information received would be kept strictly confidential until the tenure committee met and then the sheet would be destroyed.

The appellant's appeal from the award by the arbitration board was dismissed by the Appellate Division of

Yar Slavutych *Appellant*;

et

T. D. Baker, Dr. H. B. Collier, Dr. W. H. Swift et l'Assemblée des gouverneurs de l'Université de l'Alberta *Intimés*.

1974: le 10 décembre; 1975: le 28 janvier.

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

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

Preuve—Membre de la faculté requis de donné son opinion sur un collègue—Déclaration faite dans un document confidentiel—Le conseil d'arbitrage a commis une erreur en droit en considérant les déclarations faites par un membre de la faculté comme motif de son licenciement.

Conformément à l'art. 122 du manuel des facultés de l'Université de l'Alberta, on a entamé des procédures en vue de licencier l'appellant, un membre du département des Langues slaves de l'Université. Un conseil d'arbitrage, composé des trois intimés, a examiné quatre accusations contenues dans une lettre envoyée par le président de l'Université à l'appellant. Quant à trois d'entre-elles, le conseil d'arbitrage a conclu que deux n'avaient pas été prouvées et que la troisième, bien que prouvée, n'était pas suffisante pour justifier un licenciement. Quant à la quatrième accusation qui traitait d'un document confidentiel, désigné comme un «formulaire relatif à la permanence», le conseil a conclu que la preuve fournissait des motifs suffisants de licenciement. Le conseil a été d'avis que l'appellant, en parlant d'un collègue dans les termes qu'il a employés, s'était rendu coupable d'un acte de mauvaise conduite justifiant son licenciement.

Le document dont il s'agit avait été rempli par l'appellant à la demande du directeur du département des Langues slaves au nom des autorités de l'Université. Ce document portait la cote «Confidentiel» et les instructions pour le transmettre précisaient de l'expédier dans «une enveloppe cachetée marquée Confidentiel». De plus l'appellant a déclaré, et il n'a pas été contredit, qu'il avait été avisé par le directeur du département que les renseignements reçus demeureraient strictement confidentiels jusqu'à la réunion du comité sur la permanence et qu'ensuite le document serait détruit.

L'appel de l'appellant à l'encontre de la sentence du conseil d'arbitrage a été rejeté par la Division d'appel de

the Supreme Court of Alberta, and the appellant, with leave, then appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

In proceedings initiated by a university with respect to tenure, confidential communications made in good faith by one having a legitimate interest in the proceedings ought not to be used to his prejudice. This Court did not agree with the finding by the Court below that the statements made by the appellant were not made in good faith. The production of the tenure form sheet and the basing of a charge of misconduct thereon should not have been permitted and therefore the arbitration board, in the words of s. 11(2) of *The Arbitration Act*, R.S.A. 1970, c. 21, had misconducted themselves and their award should be quashed.

Seager v. Copydex, Ltd., [1967] 2 All. E.R. 415; *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. et al.*, [1960] R.P.C. 128; *Horrocks v. Lowe*, [1972] 3 All E.R. 1098, applied; *Argyll v. Argyll*, [1967] Ch. 302; *Bell v. University of Auckland*, [1969] N.Z.L.R. 1029, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, dismissing an appeal from an award by a board of arbitration. Appeal allowed and award quashed.

J. W. McClung, Q.C., for the appellant.

W. J. Girgullis, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Appellate Division of Alberta pronounced on June 22, 1973. By that judgment, the Appellate Division dismissed an appeal from the award by an arbitration board composed of the respondents Baker, Collier and Swift which award had been delivered on June 9, 1972.

The appeal to this Court was taken by leave of the Court granted by its order pronounced on November 5, 1973.

The three respondents who were members of the arbitration board were not represented during the argument of the appeal before the Appellate Division nor in this Court, and in this judgment I shall consider the matter as if it were an appeal by the

la Cour suprême de l'Alberta, et l'appellant, avec autorisation, a interjeté appel devant cette Cour.

L'Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Lorsque la procédure de permanence est engagée par l'Université, des communications confidentielles, faites de bonne foi par une personne qui a un intérêt légitime dans la procédure, ne doivent pas servir à l'encontre de cette dernière. Cette Cour ne souscrit pas à la conclusion de la Cour inférieure qui a décidé que les déclarations de l'appellant n'ont pas été faites de bonne foi. La production du formulaire relatif à la permanence sur lequel est fondé l'accusation de mauvaise conduite n'aurait pas dû être permise et par conséquent le conseil d'arbitrage, pour employer les mots du par. (2) de l'art. 11 du *Arbitration Act*, R.S.A. 1970, c. 21, a manqué à ses obligations et sa sentence devrait être annulée.

Arrêts appliqués: *Seager v. Copydex, Ltd.*, [1967] 2 All. E.R. 415; *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. et al.*, [1960] R.P.C. 128; *Horrocks v. Lowe*, [1972] 3 All E.R. 1098. Arrêts mentionnés: *Argyll v. Argyll*, [1967] Ch. 302; *Bell v. University of Auckland*, [1969] N.Z.L.R. 1029.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta¹ qui a rejeté un appel d'une sentence d'un conseil d'arbitrage. Le pourvoi est accueilli et la sentence annulée.

J. W. McClung, c.r., pour l'appellant.

W. J. Girgullis, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt rendu le 22 juin 1973 par la Division d'appel de l'Alberta qui a rejeté un appel d'une sentence prononcée le 9 juin 1972 par un conseil d'arbitrage composé des intimés Baker, Collier et Swift.

Cette Cour a autorisé l'appel par son ordonnance en date du 5 novembre 1973.

Les trois intimés, membres du conseil d'arbitrage, n'étaient pas représentés lors des plaidoiries devant la Division d'appel ni devant cette Cour, et en ce jugement je considérerai l'affaire comme un pourvoi par l'appellant contre une seule intimée,

¹ [1973] 5 W.W.R. 723, 41 D.L.R. (3d) 71.

¹ [1973] 5 W.W.R. 723, 41 D.L.R. (3d) 71.

appellant as against the Board of Governors of the University of Alberta alone as respondents.

The appellant had been employed as an associate professor in the Slavonic Languages Department of the Faculty of Arts of the University of Alberta. In accordance with the provisions in the faculty handbook of that university, dealing with the procedures and regulations pertaining to the appointment and termination of appointment of full-time faculty members, Dr. Wyman, the president of the university, introduced proceedings to dismiss the appellant. Dr. Wyman forwarded to the appellant a very long and detailed letter dated December 16, 1971. In that letter, which was entitled "Evidence of Misconduct", Dr. Wyman outlined in detail his complaints and concluded the letter:

It is my intention to take the next step required in the dismissal procedures of this university and to recommend to the Board of Governors that you be dismissed.

As required by s. 122.3, I shall wait at least twenty-one days before taking any further action on my part.

Section 122.3 of the handbook permitted the member upon receiving from the president notice of his intention to recommend dismissal to submit the matter to the Academic Welfare Committee of the Staff Association and that committee could take action and make recommendations.

The appellant did submit the matter to such Academic Welfare Committee and that association, by its letter of February 4, 1972, addressed to Dr. Wyman, cited its resolution as follows:

That the AASUA Executive remains of the opinion that the evidence presented in the Slavutych case is insufficient to warrant dismissal procedures, and recommends that such procedures be dropped.

The Executive also goes on record as deeply concerned that confidential documents intended for use in a Tenure Hearing have been used in a context different from that for which they were intended.

Despite that recommendation, Dr. Wyman evidently determined to proceed with the dismissal procedures and an arbitration board was instituted consisting of the three individual respondents.

l'Assemblée des gouverneurs de l'Université de l'Alberta.

L'appelant était professeur adjoint au département des Langues slaves de la faculté des Arts de l'Université de l'Alberta. Conformément aux dispositions du manuel de la faculté de cette université, qui traite des procédures et des règlements relatifs à la nomination des membres à plein temps de la faculté et de leur licenciement, le D^r Wyman, président de l'Université, a entamé des procédures en vue de licencier l'appelant. Le 16 décembre 1971, il a fait parvenir à l'appelant une lettre très longue et très détaillée. Dans celle-ci, qui portait en rubrique [TRADUCTION] «Preuve de mauvaise conduite», le D^r Wyman énonce en détail ses reproches et termine ainsi:

[TRADUCTION] J'ai l'intention de passer au prochain palier prévu à la procédure de licenciement de cette université et de proposer à l'Assemblée des gouverneurs que vous soyez licencié.

Conformément à l'art. 122.3, j'attendrai au moins 21 jours avant de prendre d'autres mesures.

L'article 122.3 du manuel permettait à un membre, sur réception du président d'un avis qu'il entendait proposer son licenciement, de soumettre la question au Comité des affaires pédagogiques de l'Association des professeurs et ce comité pouvait s'occuper du cas et faire des recommandations.

L'appelant a effectivement soumis la question au Comité et l'Association dans une lettre du 4 février 1972 envoyée au D^r Wyman, cite sa résolution qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] Que l'exécutif de l'Association est d'avis que la preuve présentée dans l'affaire Slavutych est insuffisante pour justifier les procédures de licenciement et il recommande qu'elles soient abandonnées.

L'exécutif veut que soit également inscrit au procès-verbal qu'il est profondément contrarié que des documents confidentiels qui devaient servir aux fins d'une enquête relative à la permanence ont été utilisés dans un contexte différent de leur destination originelle.

Malgré cette recommandation, le D^r Wyman a de toute évidence décidé de continuer la procédure de licenciement et un conseil d'arbitrage, composé des trois intimés, a été formé.

The appeal case includes no formal document of submission to arbitration and it would appear that Dr. Wyman's letter of December 16, 1971, to which I have referred, has been taken as the submission. In that letter, four different charges were outlined. The first three may be dealt with very shortly. As to charges one and three which deal, respectively, with a letter to a prospective graduate student and listing his publications and any other reports in successive years, the arbitration board held that "the evidence was not sufficiently firm presenting too many uncertainties to establish wrong-doing". As to charge two, consisting of involvement of students in matters between the appellant and the university, the board found that the charge had been established but, "However, this was not sufficient to warrant dismissal". Charge number four dealt with a document which was referred to as a "tenure form sheet". That document was produced as an addendum to the reasons for judgment of Sinclair J.A. of the Appellate Division and I cite it in full:

DEPARTMENT OF SLAVIC LANGUAGES

TENURE FORM SHEET
CONFIDENTIAL

Below the following name, state frankly your opinion on the advisability of tenure, given your *factual* knowledge of the case. Give a YES, NO, or NO OPINION answer, with reasons stated in as much detail as possible. Specific information concerning the candidate's research, teaching, committee-work, public service, personality (over-all effect on the Department) is particularly welcome,

Name	T. R. CARLTON, (Candidate for Tenure)
"Yes," "No" "No Opinion"	?
Reasons	He was highly dishonest, often unethical.

Il n'y a pas dans le dossier d'appel de document officiel déférant le cas à l'arbitrage et il semble que la lettre du Dr Wyman du 16 décembre 1971, que j'ai déjà mentionnée, a constitué le document de renvoi. Dans cette lettre, quatre accusations différentes sont portées. Les trois premières peuvent être traitées très brièvement. Quant à la première et la troisième qui traitent, respectivement, d'une lettre à un futur diplômé et de la liste de ses publications et autres rapports au cours des différentes années, le conseil d'arbitrage a statué que [TRADUCTION] «la preuve n'était pas suffisamment solide et précise pour conclure qu'il y ait eu faute». Quant à la deuxième accusation relative à l'implication d'étudiants dans des questions concernant l'appelant et l'université, le conseil a conclu que l'accusation avait été prouvée mais, [TRADUCTION] «cependant, cela n'était pas suffisant pour justifier le licenciement». La quatrième accusation traite d'un document appelé [TRADUCTION] «formulaire relatif à la permanence». Ce document a été produit comme addenda aux motifs de jugement du juge d'appel Sinclair de la Division d'appel et je le cite au complet:

[TRADUCTION] DÉPARTEMENT DES LANGUES
SLAVESFORMULAIRE RELATIF À LA PERMANENCE
CONFIDENTIEL

Au-dessous du nom suivant, dites franchement votre opinion sur l'à-propos de la permanence du candidat en vous basant sur des faits vérifiables. Répondez OUI, NON ou SANS OPINION, en donnant le plus de détails possible sur les motifs de votre réponse. Sont particulièrement considérés les renseignements sur les recherches du candidat, son enseignement, son travail en comité, son civisme, sa personnalité (son influence sur l'ensemble du département).

Nom	T. R. CARLTON, (Candidat à la permanence)
«Oui» «Non» «Sans Opinion»	?
Motifs	Il a été très malhonnête et a souvent violé l'éthique professionnelle.

He favoured certain students by giving them high marks—so that they might praise him before the administrators.

While teaching Ukrainian, he did not pursue his speaking ability in this language. On the contrary, he has declined since he uses English almost exclusively, in his senior Ukrainian courses.

He participated in intrigues and the smearing, invented by his former Head. However, he did not hesitate to plunge a long knife in his former chairman's back after the latter was relieved from his duties.

Being almost 40 years old and not having published anything, he has proved that he is definitely not a scholarly type of person.

In spite of these comments, I would comply with any decision of the Tenure Committee.

Il a favorisé certains étudiants en leur donnant des notes élevées de façon que ceux-ci puissent faire son éloge auprès des administrateurs.

Bien qu'enseignant l'ukrainien, il n'a pas perfectionné cette langue parlée. Au contraire, il a regressé puisqu'il emploie presque exclusivement l'anglais dans ses cours avancés d'ukrainien.

Il s'est associé aux intrigues menées par son ancien supérieur et aux propos diffamatoires inventés par ce dernier. Il n'a toutefois pas hésité à poignarder dans le dos son ancien directeur après que celui-ci eut été relevé de ses fonctions.

Étant âgé de près de 40 ans et n'ayant encore rien publié, il a démontré qu'il n'avait absolument aucune vie intellectuelle.

Malgré ces commentaires, je respecterai toute décision du comité de permanence.

Date Nov. 7, 1970 Signature "*Yar Slavutych*"

Return before November 5th, 1970 in a sealed envelope marked "CONFIDENTIAL" to CHAIRMAN, DEPARTMENT OF SLAVIC LANGUAGES, c/o Mrs. M. Murphy.

The appellant, in his reply to the president's previous letter of November 12, 1971, said, in reference to that tenure form sheet:

3. TENURE FORM SHEET . . .

Dr. Schaarschmidt twice requested from me a confidential opinion about Professor T. Carlton, assuring me that the information received will be kept strictly confidential until the Tenure Committee meets, and then the sheet will be destroyed. After some hesitation, I openly expressed what I thought of this man. Every word in the tenure form sheet signed by me is true. Now, a year later, I learn from you, Mr. President, that the said form sheet was retained and the requested confidential information has been used against me. I wish to talk with you about this matter at the time of an appointment.

Date le 7 nov. 1970 Signature «*Yar Slavutych*»

Retourner avant le 5 novembre 1970, dans une enveloppe cachetée marquée «CONFIDENTIEL» au DIRECTEUR, DÉPARTEMENT DES LANGUES SLAVES, à l'attention de M^{me} M. Murphy.

Dans sa réponse à une lettre antérieure du président en date du 12 novembre 1971, l'appelant mentionnait, au sujet de ce formulaire relatif à la permanence:

[TRADUCTION] 3. FORMULAIRE RELATIF À LA PERMANENCE . . .

Le Dr. Schaarschmidt m'a demandé à deux reprises une opinion confidentielle sur le professeur T. Carlton, en m'assurant que les renseignements reçus seraient gardés strictement confidentiels jusqu'à la réunion du comité de permanence et que le formulaire serait ensuite détruit. Après quelque hésitation, j'ai exprimé ouvertement ce que je pensais de cette personne. Chaque mot dans ce formulaire que j'ai signé est véridique. Maintenant, un an plus tard, vous m'apprenez, Monsieur le Président, que ledit formulaire a été conservé et que les renseignements confidentiels demandés ont été utilisés contre moi. J'aimerais discuter avec vous de cette question au moment d'une nomination.

This statement was included in a letter dated November 16, 1971, from the appellant to the president and was produced by the president upon the arbitration as Exhibit Wy-v. It was not denied in any way during the testimony upon the arbitration.

There was much discussion during the hearing of the arbitration as to this tenure form sheet. Witnesses do not seem to have been sworn, and it is well-nigh impossible to separate out what is evidence and what is presentation or argument. It is not my intention to go into the proceedings before the arbitration board in any detail although it might be necessary to make short reference thereto hereafter. The actual charge as to this tenure form sheet by Dr. Wyman against the appellant does not seem to have been formulated with exactness but I take a statement in the letter of December 16, 1971, to which I have already referred, as being, in its essence, a charge. That statement is as follows:

My conclusion is that you have made a very serious charge on the flimsiest basis, and have advanced no satisfactory evidence to prove that the charge you made is true.

Despite the objection stated by the appellant in his letter of November 16, 1971, to which I have already referred, the president pressed this charge and the arbitration board made a finding thereon as follows:

Charge Four Re: *Tenure Form Sheet*

The Board finds that the evidence presented in Charge Four provides sufficient grounds for dismissal. It is the Board's opinion that Professor Slavutych, in using the language he did with reference to a fellow staff member, was guilty of a serious misdemeanor sufficient that he should stand dismissed for cause.

The board concluded its report by a statement that it was its decision that the appellant should be dismissed with a recommendation that he be allowed 12 months' salary and then added what it termed to be a "Note" as follows:

The Staff Handbook, Section 122.6, requires that the Arbitration Board render a decision of either *Yes* or *No* in respect of dismissal. The Board is satisfied that

Cette déclaration faisait partie d'une lettre en date du 16 novembre 1971 adressée par l'appellant au président qui l'a produite à l'arbitrage comme pièce Wy-v. Celle-ci n'a nullement été réfutée par les témoignages à l'arbitrage.

On a beaucoup parlé à l'enquête devant le conseil d'arbitrage de ce formulaire de permanence. Les témoins ne semblent pas avoir été assermentés et il est presque impossible de séparer la preuve de la plaidoirie. Je n'ai pas l'intention de m'étendre sur les procédures devant le conseil d'arbitrage, bien qu'il puisse être nécessaire d'en parler brièvement plus loin. La véritable accusation portée par le D^r Wyman contre l'appellant relativement à ce formulaire ne semble pas avoir été formulée avec précision mais j'extrai de la lettre du 16 décembre 1971, une déclaration qui, comme je l'ai déjà mentionné, constitue en soi une accusation. Cette déclaration est la suivante:

[TRADUCTION] Ma conclusion est que vous avez porté une accusation très sérieuse en vous basant sur des motifs des plus superficiels et que vous n'avez apporté aucune preuve satisfaisante pour en établir la véracité.

Malgré l'objection énoncée dans la lettre de l'appellant du 16 novembre 1971, dont j'ai déjà parlé, le président a maintenu cette accusation et le Conseil d'arbitrage a rendu la décision suivante:

[TRADUCTION]

Quatrième accusation Re: *Formulaire relatif à la permanence*

Le conseil conclut que la preuve produite sur la quatrième accusation fournit des motifs suffisants de licenciement. C'est l'opinion du Conseil que le professeur Slavutych, en parlant d'un collègue dans les termes qu'il a employés, s'est rendu coupable d'un acte de mauvaise conduite grave justifiant son licenciement pour cause.

Le conseil a conclu son rapport en déclarant que l'appellant soit licencié en recommandant qu'on lui alloue douze mois de salaire et en ajoutant à la suite ce qu'on a appelé une «Remarque» qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le manuel du personnel, à l'article 122.6, exige que le conseil d'arbitrage rende une décision par un *Oui* ou un *Non* à l'égard d'un licenciement. Le

dismissal is warranted based on the evidence. Nevertheless, it recommends to the President and the Board of Governors that they consider whether some lesser penalty might serve, sufficiently, the interests of the University.

The appellant appealed from the report of the arbitration board to the Appellate Division and reasons for judgment of that Court were given by Sinclair J.A., who noted that the only question for determination was whether the arbitrators misdirected themselves or otherwise erred in law in considering as grounds for dismissal statements made by the appellant in a confidential document referred to as a "tenure form sheet".

In his reasons for judgment, Sinclair J.A. first dealt with the admissibility of this tenure form sheet under the classification of qualified privilege and cited from vol. 8 of *Wigmore on Evidence*, 3rd ed., (McNaughton Revision, 1961), para. 2285, outlining four fundamental conditions as necessary to the establishment of a privilege against the disclosure of communications:

"(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation."

Sinclair J.A. concluded his consideration of these grounds with the statement:

If the problem involved in this appeal is to be considered solely from an evidentiary point of view, I do not believe a claim that privilege should be extended to the tenure form sheet can be supported on the grounds of public policy.

On the other hand, if the matter be considered on the question of privilege, I am not of the same view. I address myself to the four fundamental conditions outlined by Wigmore and which I have

conseil est convaincu que le licenciement est justifié en se fondant sur la preuve. Cependant, il recommande au Président et à l'assemblée des gouverneurs qu'ils examinent si quelque sanction moins sévère pourrait suffisamment servir les intérêts de l'université.

L'appelant a interjeté appel du rapport du Conseil d'arbitrage à la Division d'appel et les motifs de jugement de cette cour-là ont été rendus par le juge d'appel Sinclair, qui a fait remarquer que la seule question à déterminer était de savoir si les arbitres s'étaient fourvoyés ou avaient autrement commis une erreur en droit en considérant comme motifs de licenciement des déclarations faites par l'appelant dans un document confidentiel appelé «formulaire relatif à la permanence».

Dans ses motifs, le juge d'appel Sinclair s'est d'abord demandé si ce formulaire devait être classé dans les documents de caractère confidentiel et il cite le volume 8 de *Wigmore on Evidence*, 3^e éd., (McNaughton Revision, 1961), par. 2285, qui édicte quatre conditions essentielles pour que des communications soient privilégiées et qu'on ne puisse les divulguer:

[TRADUCTION] «(1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le caractère confidentiel doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.

(3) Les *relations* doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenues* assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les relations par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision.»

Le juge d'appel Sinclair a conclu son étude de ces motifs par cette déclaration:

[TRADUCTION] Si le problème en cause doit être considéré seulement du point de vue de la preuve, je ne crois pas qu'une prétention que le caractère confidentiel devrait s'appliquer au formulaire relatif à la permanence puisse s'appuyer sur des motifs d'intérêt public.

En revanche, si la question doit être considérée du point de vue de la communication privilégiée, je ne partage pas cet avis. Je renvoie aux quatre conditions essentielles énoncées par Wigmore et

quoted above. As to number one, the communication did originate in a confidence, a confidence stressed in the very words of the form which the appellant was asked to complete and repeated and emphasized by the head of the department when he requested the appellant to complete the form. As to the second condition, certainly confidentiality was essential to the operation of a procedure whereby fellow members of the university staff were requested to give their opinions as to an application for such an important right as tenure. These persons were working every day together and it would be simply impossible to have the statement made by one at the request of the university authorities in reference to the worth of another known either to him or to the balance of the staff. As to the third condition, surely it is in the interest of the university community that the relationship between colleagues must be fostered and that the proper procedures for granting tenure to members of the university staff must be furthered. As to the fourth condition, all of the elements which I have just recited stress the desirability of the preservation of the confidential nature of the communication. There is, of course, an interest in the operation of the proper procedures for dismissal and it might be said, although I do not think it can be properly said, that such interest would justify the breach of the confidentiality of the communication but I do not think that it can be said that this latter interest is any greater than the interest in the retention of its confidentiality and if the two interests were of equal weight surely the greater effect should be to support the confidentiality of a document given upon the firm agreement of both parties that it should remain confidential, indeed that it should be destroyed so soon as it had been read and perused, especially when the party who proposes the breach of that confidentiality, *i.e.*, the University of Alberta, is the party who made the firm commitment that the confidentiality should be absolute.

I would, therefore, be of the opinion that considering this matter only an evidentiary one and under the doctrine of privilege as so ably considered in *Wigmore* the confidential document

citées ci-dessus. Quant à la première condition, la communication a été transmise à titre confidentiel, tel qu'il appert au texte même du formulaire que l'appelant avait à remplir et comme le directeur du département l'a répété avec insistance lorsqu'il a demandé à l'appelant de remplir le formulaire. À l'égard de la deuxième condition, le caractère confidentiel était certainement essentiel au bon fonctionnement de la procédure par laquelle on demandait à des membres du personnel de l'université, collègues du requérant, de donner leur opinion sur une demande aussi importante qu'une nomination permanente. Ces personnes travaillaient quotidiennement ensemble et on n'aurait pu permettre que la déclaration faite par l'une, à la demande des autorités de l'université, relativement au mérite d'une autre, soit portée à la connaissance de celle-ci ou des autres membres du personnel. Quant à la troisième condition, il était sûrement dans l'intérêt de la collectivité universitaire que les relations entre les collègues soient entretenues et que la procédure régulière pour accorder la permanence aux membres du personnel soit facilitée. Quant à la quatrième condition, tous les éléments que je viens de mentionner font ressortir l'avantage de préserver la nature confidentielle de la communication. Il existe naturellement un avantage au bon fonctionnement de la procédure régulière de licenciement et on pourrait dire, bien que je ne le crois pas à propos, que cet avantage justifierait la violation du caractère confidentiel de la communication mais je ne crois pas qu'on pourrait dire que cet avantage est supérieur à celui du maintien du caractère confidentiel. Et si les deux avantages s'équivalent, on devrait certainement attacher plus d'importance au maintien du caractère confidentiel d'un document qui a été remis avec l'accord formel des deux parties qu'il demeurerait confidentiel, même qu'il devrait être détruit dès qu'il aurait été lu et examiné. Cela s'applique particulièrement lorsque la partie qui propose la violation du caractère confidentiel, *c.-à-d.* l'Université de l'Alberta, est la partie qui s'est engagée formellement à ce que le caractère confidentiel soit absolu.

Par conséquent, je suis d'avis qu'en considérant cette affaire seulement du point de vue de la preuve et selon la règle des communications privilégiées, comme elle a été si bien exposée par

should have been ruled inadmissible. Any charge based thereon would, therefore, have failed.

I am, however, of the opinion, as was Sinclair J.A., that this is not to be considered as a matter of the application of the doctrine of privilege in the light of evidence but rather, in view of the circumstance to which I have already referred, that the document came into being and the confidence was attached thereto by the proper officers of the University of Alberta, to wit, the head of the Department of Slavonic Languages. As I pointed out, the document is headed "Confidential" and the directions for the submission thereof request that it be forwarded in a "sealed envelope marked Confidential". Moreover, the appellant stated, and he was not contradicted, that he was informed by Dr. Schwaarschmidt, the head of the Department, that the information received would be kept strictly confidential until the tenure committee met and then the sheet would be destroyed.

Sinclair J.A. quoted Lord Denning M.R., in *Seager v. Copydex, Ltd.*², at p. 417, who, in turn had adopted the statement of Roxburgh J. in *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. et al.*³, as follows:

"As I understand it, the essence of this branch of the law, whatever the origin of it may be, is that a person who has obtained information in confidence is not allowed to use it as a springboard for activities detrimental to the person who made the confidential communication, and springboard it remains even when all the features have been published or can be ascertained by actual inspection by any member of the public."

I am of the opinion that that is a sound statement of the doctrine as to revelation of confidential communications when it deals with the actions of those who are parties to the confidence. The fact that that particular statement was made in reference to a commercial situation was, as pointed out, by Sinclair J.A., no reason why it should be

Wigmore, le document confidentiel aurait dû être déclaré irrecevable. Par conséquent, toute accusation fondée sur ce dernier n'aurait pas dû être maintenue.

Je suis toutefois d'avis, comme le juge d'appel Sinclair, qu'il ne faut pas envisager la question sous l'angle de l'application de la règle des communications privilégiées à la lumière de la preuve mais plutôt, en raison des circonstances que j'ai déjà décrites, que ce sont les administrateurs mêmes de l'Université de l'Alberta, et en particulier le directeur du département des langues slaves, qui sont à l'origine de l'existence du document et du caractère confidentiel qui lui a été donné. Comme je l'ai mentionné, le document porte la cote «Confidentiel» et les instructions pour le transmettre précisent qu'il soit expédié dans (traduction) «une enveloppe cachetée marquée Confidentiel». De plus l'appelant a déclaré, et il n'a pas été contredit, qu'il avait été avisé par le D^r Schwaarschmidt, le directeur du département, que les renseignements reçus demeureraient strictement confidentiels jusqu'à la réunion du comité sur la permanence et qu'ensuite le document serait détruit.

Le juge d'appel Sinclair cite lord Denning, maître des rôles, qui, dans *Seager v. Copydex Ltd.*², à la p. 417, a lui-même adopté la déclaration du juge Roxburgh dans *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. et al.*³:

[TRADUCTION] «Comme je le comprends, le fondement de cette branche du droit, quelle que soit son origine, est qu'une personne qui a obtenu un renseignement à titre confidentiel ne peut s'en servir comme base d'agissements préjudiciables à la personne qui a fourni le renseignement confidentiel. Et ce document demeurera à la base même lorsque tous ses éléments ont été publiés ou sont effectivement disponibles à l'examen du public.»

Je suis d'avis que ce passage constitue un énoncé valable de la règle relative à la divulgation des communications confidentielles lorsqu'elle traite des actes des personnes qui leur ont donné le caractère confidentiel. Le fait que cet énoncé particulier renvoie à une situation de caractère commercial n'est pas, comme l'a signalé le juge d'appel

² [1967] 2 All E. R. 415.

³ [1960] R.P.C. 128.

² [1967] 2 All E. R. 415.

³ [1960] R.P.C. 128.

confined to such situation and, indeed, *Argyll v. Argyll*⁴, a decision of Ungoed-Thomas J., shows that it may be applied to very personal situations, in that case confidential revelations by a wife to her husband during coverture. The doctrine was applied by Turner J. in *Bell v. University of Auckland*⁵, when what was being considered was an attempt by the plaintiff to obtain production from the defendant of certain notes and recommendations given to the defendant by persons whom the plaintiff had designated as appropriate sources from whom confidential information might be obtained. As will be seen, some of the circumstances bear a marked resemblance to the present case. Here, it is the very party who instigated the communication in confidence and stressed its confidentiality who desires to not produce it but to use as a basis for a charge of misconduct justifying dismissal. I quote from the judgment of Turner J. at p. 1036.

Here the parties to the present action have solemnly agreed before the action that the documents which are now in question should be brought into existence upon the solemn undertaking of both of them that the plaintiff will not be entitled to see the documents.

One of those two parties was the plaintiff, and it was the plaintiff who sought the right to see the documents. In the present case, the solemn undertaking was made between the university, acting through the head of the department, and the appellant, and it is the university which seeks to use the document.

After his reference to *Argyll v. Argyll, supra*, Sinclair J.A. continued:

I believe the equitable principle of breach of confidence has a role to play in the present appeal. It seems to me that when tenure procedure with respect to a candidate is initiated there comes into existence, within the University of Alberta, something which I will call, for want of a better term, an umbrella of confidence. The protection afforded by this umbrella extends to all within the institution who have a legitimate interest in the tenure proceedings. The nature of that shelter is

Sinclair, un motif pour en restreindre l'application à de telles situations et de fait, l'arrêt *Argyll v. Argyll*⁴, un jugement du juge Ungoed-Thomas, démontre qu'elle peut viser des situations personnelles; en cette affaire-là, il s'agissait de révélations confidentielles faites par une femme à son mari pendant le mariage. La règle est appliquée par le juge Turner dans l'affaire *Bell v. University of Auckland*⁵, alors qu'on a examiné ce qui était une tentative du demandeur d'obtenir que la défenderesse produise certaines notes et recommandations qui avaient été données à cette dernière par des personnes que le demandeur avait indiquées comme pouvant fournir des renseignements confidentiels. Comme on le verra, certains faits ressemblent étrangement à ceux de l'espèce. Ici, c'est la partie même qui a été à la source de la communication privilégiée et qui a insisté sur le caractère confidentiel qui désire non pas la produire, mais s'en servir comme fondement d'une accusation de mauvaise conduite justifiant le licenciement. Je cite le jugement du juge Turner à la p. 1036:

[TRADUCTION] Les parties en l'espèce ont solennellement convenu avant l'action que les documents qui sont maintenant en cause seraient rédigés sur l'engagement solennel des deux parties que le demandeur n'aurait pas le droit de voir les documents.

L'une de ces deux parties était le demandeur, et c'était ce dernier qui cherchait à voir les documents. En l'espèce, l'engagement solennel a été fait entre l'université d'une part, par l'intermédiaire du directeur de département, et l'appelant d'autre part, et c'est l'université qui cherche à se servir du document.

Après son renvoi à *Argyll v. Argyll, supra*, le juge d'appel Sinclair a poursuivi:

[TRADUCTION] Je crois que le principe équitable relatif à la violation du caractère confidentiel a un rôle à jouer dans le présent appel. Il me semble que lorsque la procédure de permanence à l'égard d'un candidat est engagée, il s'établit alors, dans les murs de l'Université de l'Alberta, quelque chose que j'appellerai, faute de meilleure expression, un abri du caractère confidentiel. La protection offerte par cet abri s'étend à tous ceux qui dans l'institution ont un intérêt légitime dans la procé-

⁴ [1967] Ch. 302.

⁵ [1969] N.Z.L.R. 1029.

⁴ [1967] Ch. 302.

⁵ [1969] N.Z. L. R. 1029.

such that confidential communications, made in good faith, ought not to be used to the prejudice of their maker as a member of the university community. That being so, had the tenure form sheet been submitted by the appellant in good faith, it should not have been used as part of his dismissal proceedings.

With respect, I agree exactly with that statement and believe that it puts the matter accurately and succinctly. Sinclair J.A. continued, after quoting from the tenure form sheet:

When one examines the record before us it is clear that these serious charges, levelled in circumstances vital to a colleague's career, were never substantiated. One can draw no other conclusion but that these unsupported allegations were not made in good faith.

With respect, I cannot concur in such a disposition of the appeal.

It must be remembered that under the provisions of s. 122.8 of the handbook which, of course, contains the regulations as to the dismissal procedure including the arbitration, it is specifically provided: "The burden of proof of justification for dismissal rests on the President."

The very short award of the arbitrators makes no mention whatsoever of good faith or bad faith. The award should be considered in the light of the recommendation which followed and which I have quoted above that the president and the board of governors consider whether some lesser penalty might serve sufficiently the interests of the university. Such a recommendation could not have been made if the board had been of the opinion that the appellant was acting in bad faith.

In *Horrocks v. Lowe*⁶, the Court of Appeal was concerned with an action for libel and slander and the defence of qualified privilege. That defence, of course, could only be alleged if the defendant acted without malice, which I will equate in the circumstances in the present case to acting in good faith. Lord Denning M.R. gave reasons for the

⁶ [1972] 3 All E.R. 1098.

de permanence. La nature de cette protection est telle que des communications confidentielles, faites de bonne foi, ne doivent pas servir à l'encontre de leur auteur à titre de membres de la collectivité universitaire. Ceci étant admis, si le formulaire relatif à la permanence avait été soumis par l'appelant de bonne foi, il n'aurait pas dû servir dans les procédures visant son licenciement.

Respectueusement, je suis complètement d'accord avec cet énoncé et je crois qu'il situe l'affaire de façon exacte et succincte. Le juge d'appel Sinclair a continué, après avoir cité des extraits du formulaire relatif à la permanence:

[TRADUCTION] Lorsqu'on examine le dossier devant nous, il est clair que ces accusations très sérieuses, lancées dans des circonstances vitales pour la carrière d'un collègue, n'ont jamais été prouvées. On ne peut tirer d'autre conclusion que ces allégations non étayées n'ont pas été faites de bonne foi.

Respectueusement, je ne puis souscrire à cette façon de décider le pourvoi.

On doit se rappeler qu'en vertu des dispositions de l'art. 122.8 du manuel qui, évidemment, contient les règles relatives à la procédure de licenciement, y inclus l'arbitrage, il est expressément prévu: [TRADUCTION] «Il incombe au président de prouver le bien-fondé du licenciement».

La très courte sentence arbitrale ne fait aucune mention de bonne ou mauvaise foi. La sentence doit être considérée à la lumière de la recommandation faite à la fin et que j'ai citée ci-dessus à savoir que le Président et l'assemblée des gouverneurs examinent si quelque sanction moins sévère pourrait suffisamment servir les intérêts de l'université. Une recommandation de cette nature n'aurait pu être faite si le conseil d'arbitrage avait été d'avis que l'appelant avait agi de mauvaise foi.

Dans l'arrêt *Horrocks c. Lowe*⁶, la Cour d'appel avait à décider d'une action en diffamation et d'une défense d'immunité relative. Naturellement, cette défense pouvait seulement être plaidée si le défendeur avait agi sans malice, ce qui équivaut, dans les circonstances en l'espèce, à agir de bonne foi. Lord Denning, maître des rôles, a donné les

⁶ [1972] 3 All E.R. 1098.

Court, and said at p. 1101:

It is accepted that the occasion was privileged. It is of the first importance that the members of a local authority should be able to speak their minds freely on a matter of interest in the locality. So long as they honestly believe what they say to be true, they are not to be made liable for defamation. They may be prejudiced and unreasonable. They may not get their facts right. They may give much offence to others. But so long as they are honest, they go clear. No councillor should be hampered in his criticisms by fear of an action for slander. He is not to be forever looking over his shoulder to see if what he says is defamatory. He must be allowed to give his point of view, even if it is hotly disputed by others. This is essential to free discussion.

The one qualification on his freedom is that he must not be actuated by malice. But what constitutes malice for this purpose? I would emphasise that a refusal to withdraw is not evidence of malice. Nor is a refusal to apologise. As the judge said, it may point to the honesty and sincerity of his belief, even though it be obstinate and irrational. Malice is usually to be found when there is personal spite or illwill; or when the defendant does not honestly believe what he says to be true. The judge did not find any of these. But he found that Mr. Lowe was actuated by gross and unreasoning prejudice; and that on this ground malice was established.

And at p. 1102, the learned Master of the Rolls quoted and adopted *Gatley*:

“If the defendant honestly believed his statement to be true, he is not to be held malicious merely because such belief was not based on any reasonable grounds; or because he was hasty, credulous, or foolish in jumping to a conclusion, irrational, indiscreet, pig-headed or obstinate in his belief.”

I apply that statement, with which, with respect, I agree, to the present situation, and particularly to the emphasis of counsel for the respondent upon the appellant's failure to in any way withdraw his statements and, on the other hand, his continued assertions in the proceedings that his statements were true, and also in reply to the president's representations before the arbitration board that the appellant made statements and “advanced no

motifs de la Cour et a déclaré à la p. 1101:

[TRADUCTION] Il est admis que l'occasion était «privilegiée». Il est de la plus haute importance que les administrateurs locaux puissent s'exprimer avec toute latitude sur les questions intéressant la localité dans la mesure où ils croient honnêtement que ce qu'ils disent est vrai, ils ne devraient pas être responsables de diffamation. Ils peuvent avoir des préjugés et agir de façon déraisonnable. Ils peuvent ne pas avoir la véritable version des faits. Ils peuvent offenser sérieusement autrui. Mais dans la mesure où ils sont honnêtes, ils ne peuvent être blâmés. Aucun échevin ne doit être gêné dans ses critiques par crainte d'un procès pour diffamation verbale. Il ne doit pas constamment se demander si ce qu'il dit est diffamatoire. Il est libre d'exprimer son point de vue, même si celui-ci fait l'objet de farouches controverses. C'est là l'essence d'une libre discussion.

La seule restriction à sa liberté est qu'il ne doit pas agir avec malice. Mais, à cette fin, qu'est-ce que la malice? Je soulignerais qu'un refus de se rétracter n'est pas une preuve de malice pas plus que le refus de s'excuser. Comme le dit le juge, cette attitude peut s'expliquer par son honnêteté et la sincérité de sa croyance, même si le refus est obstiné et déraisonnable. La malice s'accompagne ordinairement de rancunes personnelles ou de malveillance; ou encore il y a malice lorsque le défendeur ne croit pas honnêtement en la véracité de ses propos. Le juge n'a rien trouvé de tel. Mais il a conclu que M. Lowe était mû par des préjugés graves et déraisonnables; et c'est sur ce motif que la malice a été établie.

Et à la p. 1102, le savant maître des rôles a cité et adopté *Gatley*:

[TRADUCTION] «Si le défendeur a honnêtement cru que sa déclaration était vraie, on ne doit pas conclure qu'il a agi avec malice simplement parce que sa croyance ne s'appuyait pas sur des motifs raisonnables; ou parce qu'il a pris une décision précipitée ou irréfléchie, ou parce qu'il a été déraisonnable ou inconsidéré dans sa croyance ou qu'il a fait preuve d'entêtement ou d'obstination.»

J'applique cette déclaration à laquelle, respectueusement, je souscris, à la situation actuelle et particulièrement à l'accent que l'avocat de l'intimée a mis sur le défaut de l'appellant de rétracter de quelque façon ses déclarations et, d'autre part, à ses allégations continues dans les procédures que ses déclarations étaient véridiques et aussi en réponse aux observations du président devant le conseil d'arbitrage à l'effet que l'appellant avait

satisfactory evidence to prove that the charge you made is true”.

I, therefore, have come to the conclusion that the production of this tenure form sheet and the basing of a charge of misconduct thereon should not have been permitted and that therefore the arbitration board, to use the words of s. 11 (2) of *The Arbitration Act*, R.S.A. 1970, c.21, had mis-conducted themselves and that their award should be quashed. The award dealt, as I have pointed out, with three other charges and found as to two of them the charge had not been established, and as to the third, although established, the charge was not sufficient cause for dismissal. No objection was taken by counsel for the university to such a finding by the arbitration board and counsel for the university entered no cross-appeal either here or before the Appellate Division.

Under these circumstances, I cannot see why those portions of the arbitration award should not stand and the only portion of the said award which should be quashed is that which appeared on the final page thereof dealing with the tenure form sheet. Such portion was entitled “charge 4”.

In these reasons, I do not conclude only that the document was not admissible but I conclude as well that no charge could be based on the document and therefore I see no purpose in quashing the award and returning it for consideration by the arbitration board but I would simply quash the award in so far as it dealt with charge four.

The appellant is entitled to his costs throughout against the respondent the Board of Governors of the University of Alberta.

Appeal allowed; award quashed.

Solicitors for the appellant: McClung & Baker, Edmonton.

Solicitors for the respondent, The Board of Governors of The University of Alberta: Field, Hyndman, Edmonton.

fait des déclarations et n'avait apporté aucune preuve satisfaisante pour en établir la véracité.

Par conséquent, j'en viens à la conclusion que la production de ce formulaire relatif à la permanence sur lequel est fondé l'accusation de mauvaise conduite n'aurait pas dû être permise et que le conseil d'arbitrage, pour employer les mots du par. (2) de l'art. 11 du *Arbitration Act*, R.S.A. 1970, c. 21, a manqué à ses obligations et sa sentence devrait être annulée. La sentence traite, comme je l'ai signalé, de trois autres accusations et elle a conclu que deux d'entre elles n'avaient pas été prouvées et que la troisième, bien que prouvée, n'était pas suffisante pour justifier un licenciement. L'avocat de l'université ne s'est pas objecté à cette conclusion du conseil d'arbitrage et il n'a pas interjeté d'appel incident en cette Cour ni en la Division d'appel.

Dans les circonstances, je ne vois pas pourquoi ces parties de la sentence arbitrale ne devraient pas subsister et la seule partie de ladite sentence qui devrait être annulée est celle qui apparaît à la dernière page et qui traite du document relatif à la permanence. Cette partie de la sentence était intitulée «4^e accusation».

Dans les présents motifs, je ne conclus pas seulement que ce document n'était pas recevable mais je conclus également qu'aucune accusation ne peut être fondée sur ce document. Par conséquent, il n'y a pas de raison d'annuler la sentence et de la renvoyer pour examen au conseil d'arbitrage; j'annulerais simplement la sentence en ce qui concerne la 4^e accusation.

L'appelant a droit à ses frais dans toutes les Cours à l'encontre de l'intimée, l'Assemblée des gouverneurs de l'Université de l'Alberta.

Pourvoi accueilli; sentence annulée.

Procureurs de l'appelant: McClung & Baker, Edmonton.

Procureurs de l'intimée, l'Assemblée des gouverneurs de l'Université de l'Alberta: Field, Hyndman, Edmonton.

Penvidic Contracting Co. Limited
(*Plaintiff*) *Appellant*;

and

**International Nickel Company of Canada,
Limited** (*Defendant*) *Respondent*.

1974: November 13, 14; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Contract—Building contract—Damages—Basis of claim—Owner in breach of contract—Extra work involved.

Damages—Quantum—Difficulty in establishing loss—Estimation of loss.

Penvidic entered into a contract with International Nickel to lay ballast and track at a fixed sum per ton of ballast for a railroad which International Nickel was constructing. International Nickel was anxious to have the work completed expeditiously so the contract provided a completion date. Largely due to the failure of other sub-contractors, International Nickel did not complete the preliminary work by preparing the site, by providing a railway connection, a properly graded way, sub-ballast road bed and hydro crossings. Therefore Penvidic was constantly faced with problems and delays and claimed additional compensation. At trial damages were awarded for breach of contract, however on appeal the amount was reduced by the disallowance of certain items in the award.

Held: The appeal should be allowed.

There was clear evidence that International Nickel was in breach of contract. Penvidic suffered damages and was entitled to recover compensation for the breaches. The mere fact that there were difficulties in proving the additional costs involved does not relieve International Nickel of the responsibility for paying damages even if the amount of the verdict was a matter of estimation. The Court of Appeal was in error in regarding Penvidic as seeking to assert a claim under another or additional contract. The claim was not, apart from its alternative form of *quantum meruit*, advanced

Penvidic Contracting Co. Limited
(*Demanderesse*) *Appelante*;

et

**International Nickel Company of Canada,
Limited** (*Défenderesse*) *Intimée*.

1974: les 13 et 14 novembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Pigeon et de Grandpré.

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

Contrat—Contrat de construction—Dommages-intérêts—Fondement de la réclamation—Violation du contrat par le propriétaire—Travaux supplémentaires rendus nécessaires.

Dommages-intérêts—Quantum—Préjudice difficile à déterminer—Évaluation du préjudice.

Penvidic s'est engagée par contrat avec International Nickel à faire le ballastage, et à poser, à tant la tonne de ballast, les rails d'un chemin de fer que cette dernière construisait. International Nickel était très désireuse de terminer les travaux le plus tôt possible de sorte que le contrat prévoyait une date de fin des travaux. International Nickel ayant négligé de faire faire les travaux préalables, nécessaires à la préparation du chantier, soit la construction d'une voie de raccordement, le régalaage, la pose d'une sous-couche de ballast, le soulèvement de fils hydro-électriques et l'obtention d'une autorisation de traverser une route provinciale, situation en grande partie imputable au fait d'autres entrepreneurs, Penvidic a constamment été aux prises avec des difficultés et des retards, si bien qu'elle a réclamé une indemnité supplémentaire. En première instance, des dommages-intérêts lui ont été accordés au titre de la violation du contrat. Cependant, la Cour d'appel a réduit le montant accordé en rejetant les montants adjugés à certains titres.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Il appert que International Nickel a violé le contrat. Penvidic a subi un préjudice et était fondée à être indemnisée de ces violations. Le simple fait qu'il était difficile de prouver les frais additionnels subis ne décharge pas International Nickel de l'obligation de verser des dommages-intérêts, même si le montant n'en peut être établi qu'en faisant une estimation. La Cour d'appel a eu tort de conclure que Penvidic cherchait à faire valoir une réclamation en vertu d'un autre contrat ou d'un contrat supplémentaire. Sauf sa formule de rechange basée sur le *quantum meruit*, la réclamation

on such a basis. It was a claim for damages for breach of the original contract.

Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. v. Eakins Construction Limited, [1960] S.C.R. 361 distinguished; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673; *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786; *Wood v. Grand Valley Railway Company* (1913), 30 O.L.R. 44 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of Wilson J. at trial. Appeal allowed, judgment at trial, as amended to take account of clerical error and the abandonment of certain items of the claim, restored with costs.

George D. Finlayson, Q.C., and *Alan Lenczner*, for the appellant.

Dennis Lane, Q.C., and *John M. Roland*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on March 23, 1973. By that judgment, the Court of Appeal allowed an appeal from the judgment of Wilson J. given after trial. Wilson J. had allowed the plaintiff judgment for the sum of \$146,834.16. In the Court of Appeal both parties agreed that due to clerical errors and the failure of the learned trial judge to realize that certain items in the claim had been abandoned, the judgment at trial should have been for \$111,577.74. The judgment of the Court of Appeal reduced that amount by two items, respectively, \$51,527.77 and \$4,114.29, for a total of \$55,642.06 resulting in a reduction of the judgment in favour of the appellants to \$55,935.68.

The action arose out of a contract to lay the track and do the top ballasting on a railroad which the respondents were having constructed in Northern Manitoba from the site of their mining property at Thompson, Manitoba, to Soab, Manitoba. The appellant company, under the direction of Mr.

ne se fonde pas sur l'existence d'un contrat supplémentaire. C'est une réclamation fondée sur le préjudice subi par la violation du contrat original.

Distinction faite avec l'arrêt: *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. c. Eakins Construction Limited*, [1960] R.C.S. 361; arrêts mentionnés: *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673; *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786; *Wood v. Grand Valley Railway Company* (1913), 30 O.L.R. 44.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel d'un jugement rendu par le juge Wilson en première instance. Pourvoi accueilli, jugement de première instance tel que modifié pour tenir compte des erreurs d'écritures et de l'abandon de certains articles de la réclamation, rétabli.

George D. Finlayson, c.r., et *Alan Lenczner*, pour l'appelante.

Dennis Lane, c.r., et *John M. Roland*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le présent pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario le 23 mars 1973. Par cet arrêt, la Cour d'appel a accueilli un appel du jugement prononcé après procès par le juge Wilson qui avait accordé à la demanderesse la somme de \$146,834.14. En Cour d'appel, les deux parties ont convenu qu'à cause d'erreurs d'écriture et du fait que le savant juge de première instance ne s'est pas rendu compte que certains articles de la réclamation avaient été abandonnés, le jugement de première instance n'aurait dû accorder que la somme de \$111,577.74. L'arrêt de la Cour d'appel a soustrait deux articles soit, respectivement, des valeurs de \$51,527.77 et de \$4,114.29, pour un total de \$55,642.06 réduisant ainsi à \$55,935.68 la somme que le jugement accordait à l'appelante.

L'action découle d'un contrat prévoyant la pose des rails et de la couronne du ballast d'un chemin de fer que l'intimée faisait construire dans le nord du Manitoba, de l'emplacement de son chantier minier situé à Thompson (Manitoba) jusqu'à Soab (Manitoba). La compagnie appelante, gérée par

A. L. Penvidic, was a very experienced railroad building contractor. Having heard that the respondent was intending to build this line of railroad 47.5 miles in length, Mr. Penvidic asked to be allowed to tender on the contract and later did submit two tenders both of which were refused, and then submitted a third, which was accepted and a contract was executed under date of July 28, 1967, although the actual signing of the document would appear to have been at some later date. Mr. Penvidic visited the property and made detailed inspections prior to making his bid and it was clearly understood by both parties how the contract was to be carried out.

The respondent was most anxious to have the work completed as soon as possible, and paragraph 19 of the Instructions to Builders provided:

all the work as herein described including revisions, modifications, and additions shall be completed on or before July 15, 1968.

and paragraph 7 of the said instructions required the contractor to "perform" the work within the time specified and in a satisfactory manner".

The appellant has set out in its factum the established practice in constructing railway lines. That summary seems to be in accordance with the evidence and I take the opportunity of quoting it in full:

- (a) Land surveyors survey the centre line between the two terminal points.
- (b) Soil tests are made to ascertain the nature of the ground over which the railway is to be built.
- (c) The right of way is cleared on either side of the centre line.
- (d) A grade road-bed is constructed with proper drainage.
- (e) Sub-ballast to a specified depth is laid on the graded road-bed by truck.
- (f) Trucks mounted with cranes travel along the graded road-bed distributing rails, ties and fasteners on the side of the grade topped with sub-ballast. These trucks operate on the sub-ballasted grade making certain that they

M. A. L. Penvidic, était un entrepreneur possédant une vaste expérience de la construction des chemins de fer. Sachant que l'intimée désirait construire cette ligne de chemin de fer d'une longueur de 47.5 milles, M. Penvidic demanda la permission de faire une soumission. Peu de temps après, il présentait deux soumissions qui furent toutefois refusées. Il en présenta alors une troisième qui fut acceptée et le contrat fut conclu le 28 juillet 1967 même s'il semblerait que le document n'a effectivement été signé qu'à une date ultérieure. M. Penvidic a visité la propriété et s'est livré à des inspections minutieuses avant de présenter sa soumission et les deux parties en cause comprenaient très bien les modalités d'exécution dudit contrat.

L'intimée souhaitait terminer les travaux le plus tôt possible et le paragraphe 19 des Directives aux constructeurs prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] tous les travaux décrits aux présentes, y compris les révisions, les modifications et les clauses additionnelles, doivent être terminés au plus tard le 15 juillet 1968.

et le paragraphe 7 de ces mêmes directives demandait à l'entrepreneur [TRADUCTION] «d'accomplir les travaux dans les délais prescrits et de façon satisfaisante».

L'appelante a exposé dans son factum la méthode généralement utilisée dans la construction des lignes de chemins de fer. Qu'il me soit permis ici de citer en entier ce résumé qui concorde avec la preuve présentée:

- a) Des arpenteurs-géomètres font les relevés de la ligne médiane joignant les deux têtes de ligne.
- b) On procède ensuite à des analyses du sol afin de déterminer la nature du terrain sur lequel le chemin de fer doit être construit.
- c) L'emplacement du chemin de fer est dégagé des deux côtés de la ligne médiane.
- d) Une chaussée régagée est construite avec un drainage approprié.
- e) Une sous-couche de ballast est déposée par camion sur la chaussée régagée jusqu'à une profondeur déterminée.
- f) Des camions surmontés de grues se déplacent le long de la chaussée régagée et déposent les rails, les traverses et les attaches sur le côté recouvert par la sous-couche de ballast. Ces camions circulent sur ce même côté en

are always at least one access road ahead of the Burrow Crane.

(g) A Burrow Crane, a rail mounted machine, proceeds from the rail-head with a crew and picks up and positions two links of 39 foot rail in front of it to connect with the length of rail on which it is proceeding. A special crew assigned to this machine operate it and place a bolt in the two lengths of rail permitting the Burrow Crane to pass on to that length of rail that it has just positioned and so on continuously.

(h) Following the Burrow Crane, further on-rail machines called bolting machines and hydraulic spikers proceed and securely fasten the lengths of rail to each other.

(i) Then follows a 650 ton locomotive and ten ballast cars which have side and underneath vents to permit an even distribution of top ballast to a depth of six inches.

(j) The locomotive and ballast cars are followed by an on-rail machine known as a ballast regulator which insures that the ballast dropped on and around the skeleton track is evenly distributed.

(k) Finally two large rail-mounted machines known as senior and junior electromatic tampers proceed along the rails and by means of an electronic eye and tamping jacks lift the rail evenly through the ballast and tamp the ballast underneath and around the lifted rail so as to firmly secure it.

It will be seen that that method requires the use of heavy machinery operating on rails. The respondent already had an operating railway line to its plant at Thompson, Manitoba, and it was intended that construction should start from that rail line and proceed southerly to Soab. This, of course, entailed the construction of a connection between the already existing railway line and that which was to be built by the appellant and the appellant could only get his machinery on to the building site by running over such connection. As it turned out, the connection was not constructed until August 5, 1968. The appellant had based his tender as finally executed upon the use of two locomotives owned by the respondent and ten specially designed dump cars. When neither the locomotives nor the cars could cross the non-existent connection, the appellant had to revise its whole method of construction and instead of starting at the existing rail-head and proceeding southerly, the appellant had to

s'assurant d'une avance d'au moins une voie d'accès sur la grue Burrow.

g) Une grue Burrow, une machine installée sur rails, part en tête de ligne avec une équipe et elle ramasse et place en avant d'elle deux sections de rail de 39 pieds chacune qui sont ensuite aboutées aux rails sur lesquels elle circule. Une équipe spéciale est chargée de faire fonctionner cette machine et de boulonner les deux rails pour permettre à la grue Burrow de circuler sur ces mêmes rails et de continuer son chemin.

h) D'autres machines sur rails, soit une machine à boulonner et une cramponneuse hydraulique, suivent la grue Burrow et assujettissent solidement les sections de rail.

i) Vient ensuite une locomotive de 650 tonnes suivie de dix wagons de ballast qui ont des ouvertures inférieures et latérales afin de permettre une distribution égale de la couronne de ballast jusqu'à une profondeur de six pouces.

j) La locomotive et les wagons de ballast sont suivis d'une autre machine sur rails appelée régaleuse à ballast qui assure la distribution égale du ballast déposé autour des rails.

k) Enfin, deux grosses machines installées sur rails, soit une bourreuse automatique légère et une bourreuse automatique lourde, circulent sur ces rails et, à l'aide d'un œil électronique et d'un dispositif d'élévation, elles soulèvent le rail afin de damer également le ballast sous le rail soulevé et autour de celui-ci pour le fixer solidement.

Nous constatons que cette méthode nécessite l'usage d'une machinerie lourde fonctionnant sur rails. L'intimée possédait déjà une ligne de chemin de fer en service à son chantier de Thompson (Manitoba), et l'on avait prévu que cette ligne serait le point de départ de la construction qui devait aboutir plus au sud à Soab. Cela entraînait naturellement la construction d'une voie de raccordement entre la ligne de chemin de fer déjà existante et celle que l'appelante devait construire; cette dernière ne pouvait transporter sa machinerie au chantier de construction qu'en circulant sur une telle voie de raccordement. Mais la construction de cette voie de raccordement n'a été terminée que le 5 août 1968. L'appelante avait fondé sa soumission, telle qu'elle fut finalement acceptée, sur l'utilisation de deux locomotives appartenant à l'intimée et de dix wagons à bascule spécialement conçus. Puisque les locomotives et les wagons ne pouvaient circuler sur la voie de raccordement

commence in the centre of the 47.5 mile run at a point known as the Pipe Mine and build both north and south of there toward the terminals at Thompson on the north and Soab on the south, just as the sub-grade had been prepared. This could only be accomplished by transporting by highway, which fortunately ran parallel to the railway line under construction, a 45-ton locomotive which the appellant owned and a series of lighter dump cars four in number.

This factor alone caused the appellant enormous increased expenses and delay, and the appellant sought to have an allowance of an additional twenty-five cents per ton for the top ballasting of the railway line under construction. The respondent refused such a request insisting that the appellant proceed to the construction of the railroad as it had bound itself in the contract. The respondent, however, did agree to pay \$35,000. The said agreement is in a letter from the respondent to Mr. Penvidic dated March 8, 1968, and I quote the body of the letter in full:

The International Nickel Company has authorized the use of your locomotive for the above purpose for the lump sum price of Thirty-five Thousand Dollars (\$35,000). Such lump sum to be compensation in full for all additional expenses and operations over and above the normal scope of your contract necessary to carry out advance ballasting and tracklaying until rail access is effected at the Thompson terminal allowing the substitution of INCO locomotives and full rail mobility of ballast cars on and off the project.

The following is included:

1. Supply and transportation of locomotive to the project including operating crew, fuel and all labour and repairs.
2. Supply and transportation of six ballast cars to the project including all standby costs, labour, repairs and incidentals.

inexistante, l'appelante fut obligée de modifier toute sa méthode de construction de sorte que, au lieu de commencer les travaux à la tête de la ligne déjà existante et de se diriger vers le sud, l'appelante a dû commencer au milieu du tracé de 47.5 milles à un endroit appelé Pipe Mine et construire à la fois vers le nord et vers le sud en direction des terminus de Thompson au nord et de Soab au sud et ce, au moment même où la sous-couche de ballast avait été déposée. Cela n'était possible qu'en transportant par la route qui longeait fort heureusement la ligne de chemin de fer en construction, une locomotive de 45 tonnes qui appartenait à l'appelante de même que quatre wagons à bascule plus légers.

Ce seul facteur a causé à l'appelante une augmentation considérable des coûts et des délais; c'est pourquoi elle a demandé une allocation supplémentaire de vingt-cinq cents la tonne pour le ballastage de la voie ferrée en construction. L'intimée refusa et exigea de l'appelante qu'elle poursuive la construction du chemin de fer en se conformant aux termes du contrat auquel elle était liée. Cependant, l'intimée a consenti au paiement d'une somme de \$35,000. Cette entente est contenue dans une lettre datée du 8 mars 1968 que l'intimée a fait parvenir à M. Penvidic. Je la cite intégralement:

[TRADUCTION] L'International Nickel Company a autorisé l'utilisation de votre locomotive aux fins énumérées ci-dessus pour la somme forfaitaire de trente-cinq mille dollars (\$35,000). Cette somme forfaitaire représente une indemnité entière pour toute dépense supplémentaire et pour toute opération que ne prévoit pas votre contrat et qui sont nécessaires pour mener à bonne fin les opérations préliminaires de ballastage et de pose des rails jusqu'à ce que le chemin de fer se rende au terminus Thompson ce qui permettra la substitution des locomotives de l'Inco et la mobilité complète sur rails des wagons à ballast destinés au projet.

Les chefs suivants sont inclus:

1. La locomotive et son transport sur les lieux du projet, y compris l'équipe de manœuvre, le carburant, de même que toute la main-d'œuvre et toutes les réparations.
2. Six wagons à ballast et leur transport sur les lieux du projet, y compris les frais de soutien, la main-d'œuvre, les réparations et les dépenses imprévues.

The learned trial judge held that that payment "in this situation related only to the supply and transportation of the equipment referred to". Such a finding does not seem to have been interfered with in the Court of Appeal and I adopt it.

The appellant, in addition to its failure to obtain a railway connection, met with many frustrations in the completion of its contract. As will be seen from the outline above, a great deal of work must be performed upon the line prior to the laying of the track. The right of way must be surveyed, cleared, graded and covered with sub-ballast. This work was contracted by the respondent to various other contractors. Some of these contractors would seem to have quite failed to carry out their contracts either in a timely or efficient way; one of them was abandoned and the appellant took over that contract and performed it itself, for which it was duly paid, and that payment is not part of this litigation. However, despite the appellant's best efforts, and largely due to the failure of the other contractors to perform properly their own contracts, the appellant was constantly faced with situations where it had to stop its track laying because the properly graded and sub-ballasted right of way in front of its machinery had failed to materialize. Often, the appellant would have to turn its equipment around and proceed to the opposite end of the track in order to find available a right of way ahead upon which it could lay track. This again added much to its costs and caused much delay.

The right of way crossed the hydro line in three different places and in each of those places delay was encountered because the respondent had failed to have the Hydro Electric Power Commission lift its line and permit the appellant's equipment to operate beneath it. The right of way also crossed the provincial highway at one point and months of delay were encountered due to the respondent's failure to obtain leave to cross that highway.

When the connection with the respondent's railway at Thompson was finally obtained on August

Le savant juge de première instance a jugé que ce paiement [TRADUCTION] «n'avait trait en l'es-pèce qu'à la fourniture et au transport du matériel visé». Cette conclusion ne semble pas avoir été modifiée par la décision de la Cour d'appel et je suis d'avis de l'accepter.

Outre le fait qu'elle n'a pu obtenir une voie de raccordement, l'appelante a eu à faire face à de nombreuses contrariétés dans l'exécution de son contrat. Comme en témoigne l'exposé ci-dessus, la pose des rails nécessite beaucoup de travaux préalables. L'emplacement de la voie doit être arpenté, dégagé, régalé et recouvert d'une sous-couche de ballast. L'intimée a confié ces travaux à d'autres entrepreneurs. Il semblerait que certains d'entre eux n'ont pas respecté leur contrat soit sur la question des délais ou des résultats; un contrat a été résilié et c'est l'appelante qui a assumé et exécuté ce contrat pour lequel elle fut dûment payée, et ce paiement n'est pas visé par le présent litige. Cependant, malgré les efforts déployés par l'appelante, et surtout à cause des autres entrepreneurs qui n'ont pas exécuté fidèlement leurs propres contrats, cette dernière devait constamment suspendre indéfiniment la pose des rails parce que sa machinerie se retrouvait souvent devant un emplacement qui n'avait pas été régalé et sur lequel aucune sous-couche de ballast n'avait été déposée. Souvent l'appelante devait faire faire demi-tour à ses machines et les diriger vers l'autre extrémité de la voie ferrée afin d'y trouver un emplacement convenablement aménagé sur lequel elle pouvait poser les rails. Cela augmentait également ses coûts de façon considérable et occasionnait de nombreux retards.

L'emplacement de la voie croisait des fils électriques à trois endroits différents où des retards ont été enregistrés parce que l'intimée avait omis de demander à la Commission hydro-électrique de soulever ses fils pour permettre à l'appelante d'y travailler. L'emplacement croisait également à un endroit la route provinciale et plusieurs mois de retard ont résulté du fait que l'intimée avait omis d'obtenir l'autorisation de la traverser.

Lorsque la voie de raccordement avec le chemin de fer de l'intimée à Thompson fut finalement

5, 1968, the more rapid and more efficient method of laying track became available at long last. Yet, it was not until August 12, 1968, that the respondent made available the heavy locomotive and ten cars which the original scheme had contemplated. Thereafter, the track laying proceeded with expedition but the ballasting had not been completed until some time in the month of August.

The appellant made a demand for additional compensation setting out that demand in full in its letter to the Divisional General Manager of the respondent under date of October 17, 1968. That demand was for the payment of an additional \$94,027, *i.e.*, 10 per cent of the contract price. The demand was refused in a letter dated October 17, 1968, from R. L. Hawkins, the Chief Engineer of the respondent, to the appellant. The learned trial judge dealt with that letter in detail at the close of his reasons for judgment.

The appellant issued its writ on May 19, 1969. The appellant claimed damages in the amount of \$248,679.96 or, in the alternative, judgment for the same amount on a *quantum meruit* basis.

Wilson J. reserved judgment and in very detailed and carefully drafted reasons gave judgment for the plaintiff, here appellant, as I have said, in the sum of \$146,834.16. This judgment was based on damages for breach of contract, the learned trial judge particularly noting that the claim for *quantum meruit* allowance was only as an alternative and stating that he intended to consider the matter only from the point of view of damages. The learned trial judge found damages under the following headings:

1. Rental of locomotive after the 15th of July 1968—4 weeks at \$1,200 per week	\$ 4,800.00
---	-------------

terminée le 5 août 1968, on pouvait enfin recourir à une méthode plus rapide et plus efficace pour poser les rails. Cependant, ce n'est que le 12 août 1968 que l'intimée a fourni la grosse locomotive et les dix wagons que prévoyait le plan original. Après cette date, la pose des rails se fit plus rapide mais le ballastage ne fut terminé que vers la fin du mois d'août.

L'appelante a demandé une indemnité supplémentaire qu'elle a formulée en détail dans une lettre datée du 17 octobre 1968 et adressée au Directeur général divisionnaire de l'intimée. La demande portait sur le paiement d'une somme additionnelle de \$94,027, c.-à-d. 10 pour cent du prix prévu au contrat. Cette demande fut refusée dans une lettre datée du 17 octobre 1968 et envoyée à l'appelante par R. L. Hawkins, l'ingénieur en chef de l'intimée. A la fin de ses motifs de jugement, le savant juge de première instance a traité en détail de cette lettre.

Le bref de l'appelante a été émis le 19 mai 1969. Elle y réclamait soit des dommages-intérêts de l'ordre de \$248,679.96 ou soit un jugement fondé sur le *quantum meruit* pour le même montant.

Le juge Wilson a remis le prononcé du jugement et comme nous l'indiquent ses motifs très détaillés et soigneusement rédigés, il donna gain de cause à la demanderesse, l'appelante en cette Cour, en lui accordant la somme de \$146,834.16. Ces dommages-intérêts ont été accordés en réparation d'une violation de contrat car le savant juge de première instance a déclaré n'avoir considéré le litige qu'au regard de la réclamation en dommages-intérêts puisque la réclamation fondée sur le *quantum meruit* ne constituait qu'une alternative. Les dommages-intérêts ont été identifiés comme suit par le savant juge de première instance:

1. Location de la locomotive après le 15 juillet 1968—4 semaines à \$1,200 par semaine	\$ 4,800.00
--	-------------

2. 25 cents per ton to cover general costs for ballasting apart from lifting	\$51,527.77
3. Extra lifting	\$38,745.00
4. Idle time for 18 ballast cars	\$ 6,150.00
5. Overhead costs	\$45,611.39

2. 25 cents par tonne pour défrayer les coûts généraux du ballastage excluant les travaux d'élévation	\$51,527.77
3. Travaux d'élévation supplémentaires	\$38,745.00
4. Période d'inactivité pour 18 wagons à ballast	\$ 6,150.00
5. Frais généraux	\$45,611.39

Both the latter items were withdrawn by the appellant in the argument before the Court of Appeal and result in the adjustment of what would have been the judgment at trial if it had been confirmed by the Court of Appeal at \$111,577.74.

The Court of Appeal, in its reasons, dealt only with the items which I have indicated as Nos. 1 and 2 above reducing the amount allowed for rental of locomotive from \$4,800 to \$685.71 and eliminating any amount for extra ballasting.

I pause to consider what different consideration can be given to item No. 2 in the learned trial judge's award for damages, that is, this extra ballasting, and item No. 3, that is, the extra lifting, because apart from the failure to provide the connection with the railhead at Thompson for a year after it was supposed to have been provided the cause of both items of damage is the same and yet the Court of Appeal made no variation in the claim for extra lifting. The Court of Appeal in its reasons dealt with this claim for damages for extra ballasting in these words:

The learned trial judge awarded Penvidic damages in the sum of \$51,527.77 on that basis. He was of the opinion that on the evidence it was a reasonable amount to be paid to Penvidic under these circumstances.

I am of the opinion that the learned trial judge erred in awarding Penvidic this sum. In my opinion, the contract between the parties for payment of thirty-five cents per ton for ballast was never abandoned nor abrogated, nor was there a new contract entered into between the parties to pay any additional sums for this portion of the work. The plaintiff performed the very work provided for in the agreement between the parties and is only

Les deux derniers postes ont été retirés par l'appelante au cours des plaidoiries devant la Cour d'appel ce qui a occasionné un rajustement de ce qui aurait été la somme accordée en première instance, soit \$111,577.74, si le jugement avait été confirmé par la Cour d'appel.

Dans ses motifs, la Cour d'appel n'a traité que des postes n° 1 et n° 2 ci-dessus, réduisant le montant alloué pour la location de la locomotive de \$4,800 à \$685.71 et éliminant tout montant pour le ballastage supplémentaire.

Je m'arrête ici pour examiner quelle autre indemnité peut être accordée pour les postes n° 2 et n° 3 définis par le savant juge de première instance dans l'adjudication des dommages-intérêts et qui traitent respectivement du ballastage supplémentaire et des travaux d'élévation supplémentaires, car indépendamment du retard d'un an dans la construction d'une voie de raccordement avec la tête de ligne située à Thompson, la cause des deux postes de dommages-intérêts demeure la même et, malgré cela, la Cour d'appel n'a pas modifié la revendication portant sur les travaux d'élévation supplémentaires. Dans ses motifs, la Cour d'appel traite de cette revendication en dommages-intérêts pour le ballastage supplémentaire en ces termes:

[TRADUCTION] En se fondant sur ce principe, le savant juge de première instance a accordé à Penvidic la somme de \$51,527.77 en dommages-intérêts. Il était d'avis que dans les circonstances et selon la preuve apportée, il s'agissait là d'une somme raisonnable.

A mon avis, le savant juge de première instance a commis une erreur en accordant cette somme à Penvidic. Selon moi, les parties au contrat portant sur le paiement des trente-cinq cents par tonne de ballast n'ont jamais abandonné ou annulé ce contrat, tout comme elles n'ont jamais signé un nouveau contrat pour le paiement de sommes additionnelles applicables à cette partie du travail. La demanderesse a effectivement

entitled to be paid for that work, pursuant to the terms of the contract. No claim is asserted that this work could be classified as an extra, nor is the claim founded on the basis of quantum meruit. The claim for quantum meruit could not succeed unless the original contract could have been said to have been abandoned or abrogated.

A new contract for the payment of the twenty-five cents cannot be found in the absence of consent, express or implied. In the instant case, Inco had rejected in negotiations the very claim being re-asserted in this action, and I can find no legal basis upon which this claim can be successfully asserted now.

It would seem, therefore, that the disallowance of any claim for extra ballasting by the Court of Appeal was made upon the basis that such claim could only be accepted if there had been a new or additional contract awarding the plaintiff, here appellant, additional compensation. Such a claim might be considered to be one in *quantum meruit*. Judson J. in *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. v. Eakins Construction Limited*¹, at p. 367, quoted Winfield on *The Law of Quasi-Contracts* at p. 52 as follows:

Another application of *quantum meruit* is as a mode of redress on a new contract which has replaced an earlier one. The position is that the parties (or one of them) have not observed the terms of the earlier contract, but it can be implied from their conduct that they have substituted another contract for the first. If they do so, and one of the parties does not fulfil his side of the second contract, the other can sue *quantum meruit* upon it for what he has done. The obligation sued upon is genuinely contractual, not quasi-contractual.

That, however, is not the basis upon which the learned trial judge considered the claim but rather on the claim for damages against the defendant for breach by the defendant of its contract with the plaintiff. The learned trial judge quoted, and I

accompli le travail selon les termes de l'entente intervenue entre les parties en cause et elle ne doit être payée que pour ce travail conformément au contrat. Aucune réclamation n'a été formulée à l'effet que ce travail pourrait être considéré comme supplémentaire, pas plus que cette réclamation peut se fonder sur le quantum meruit. On ne peut pas faire droit à la réclamation fondée sur le quantum meruit sauf si le contrat original est déclaré avoir été abandonné ou annulé.

On ne peut conclure à l'existence d'un nouveau contrat pour le paiement des vingt-cinq cents en l'absence de consentement exprès ou tacite. En l'espèce, Inco avait rejeté au cours des négociations la réclamation même qui a été alléguée de nouveau dans cette action, et je ne peux trouver ici d'arguments juridiques qui permettraient de faire valoir avec succès cette réclamation.

Il semble donc que le rejet par la Cour d'appel de toute réclamation pour le ballastage supplémentaire ait été basé sur l'argument qu'une telle réclamation n'aurait été acceptable que s'il y avait eu un nouveau contrat ou un contrat supplémentaire qui aurait accordé à la demanderesse, l'appelante en cette Cour, une indemnité supplémentaire. Une telle réclamation pourrait être considérée comme une réclamation fondée sur le *quantum meruit*. Dans la cause *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. c. Eakins Constructions Limited*¹, à la p. 367, le juge Judson cite Winfield, *Law of Quasi-Contract* à la p. 52:

[TRADUCTION] Le *quantum meruit* peut également servir à redresser un nouveau contrat qui vient remplacer un contrat antérieur. Dans un tel cas, les parties (ou l'une d'elles) ne se sont pas conformées aux dispositions du premier contrat, mais il est possible de déduire de leur comportement qu'elles ont remplacé ce premier contrat par un autre. S'il en est ainsi et si l'une des parties n'exécute pas les obligations que lui impose le deuxième contrat, la partie lésée peut intenter contre l'autre une action fondée sur le *quantum meruit*. L'obligation qui fait l'objet de la poursuite est authentiquement contractuelle et non quasi-contractuelle.

Cependant, le savant juge de première instance n'a pas considéré la réclamation sur cette base mais plutôt la réclamation en dommages-intérêts dirigée contre la défenderesse pour violation de son contrat avec la demanderesse. J'adopte l'énoncé

¹ [1960] S.C.R. 361.

¹ [1960] R.C.S. 361.

adopt, the statement made in *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10th ed. (1970), p. 317:

The degree of possession or access which must be afforded by an employer must obviously vary with the nature of the work (which might, for instance, in an extreme case be for repairs or reinstatement of existing premises while still occupied) or other circumstances (as in sub-contracts, when the work often must take place alongside and subject to interference by other trades or the main contractor's own work). But in the case of a new project the main contractor will normally be entitled to exclusive possession of the entire site in the absence of express stipulation to the contrary. 'I think the contract clearly involves that the building owner shall be in a position to hand over the whole site to the builder immediately upon the making of the contract. I think that there is an implied undertaking on the part of the building owner, who has contracted for the buildings to be placed by the plaintiff on his land, that he will hand over the land for the purpose of allowing the plaintiff to do that which he has bound himself to do.' (Per Collins L.J. in *Freeman v. Hensler* (1900) 64 J.P. 260; *Hudson's B.C.*, 4th ed., Vol. 2, 292 at p. 296.)

Since a sufficient degree of possession of the site is clearly a necessary pre-condition of the contractor's performance of his obligations, there must be an implied term that the site will be handed over to the contractor within a reasonable time of signing the contract, (See e.g., *Roberts v. Bury Commissioners* (1870) L.R.5 C.P. 310 at pp. 320 and 325.) and, in most cases, it is submitted, a sufficient degree of uninterrupted and exclusive possession to permit the contractor to carry out his work unimpeded and in the manner of his choice. This must particularly be so when a date for completion is specified in the contract documents.

'If in the contract one finds the time limited within which the builder is to do the work, that means, not only that he is to do it within that time, but it means also that he is to have that time within which to do it.' (Per Vaughan Williams L.J. in *Wells v. Army & Navy Co-operative Society* (1902) 86 L.T. 764; *Hudson's B.C.*, 4th ed., Vol. 2, at p. 354.)

Certainly, in the present case, as the learned trial judge found, there was manifold evidence of failure by the defendant to prepare a site not only as to providing a connection at Thompson but also for a failure to provide, well-nigh constantly

suitant, que l'on retrouve à la p. 317 du *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 10^{ième} éd., 1970, et qu'a cité le savant juge de première instance:

[TRADUCTION] L'étendue de la possession ou de l'accès que doit accorder un employeur dépend évidemment de la nature du travail (qui peut porter, par exemple, dans un cas extrême, sur des réparations de locaux existants ou sur leur rétablissement alors qu'ils sont encore occupés) ou d'autres circonstances (comme les sous-entreprises, lorsque le travail s'accomplit en même temps que d'autres travaux créant ainsi une possibilité de conflit entre ces travaux dont sont responsables d'autres sous-traitants ou l'entrepreneur principal lui-même). Mais dans le cas d'un nouveau projet, l'entrepreneur principal a ordinairement droit à la possession exclusive de tout le chantier en l'absence d'une stipulation expresse au contraire. «Je crois que le contrat indique clairement que le propriétaire de l'immeuble cède tout le chantier au constructeur dès la signature du contrat. Je crois qu'il existe un engagement implicite de la part du propriétaire de l'immeuble qui a passé un contrat visant la construction d'édifices sur son terrain par la demanderesse, de céder ledit terrain afin de permettre à la demanderesse d'exécuter ses obligations». (Le lord juge Collins dans *Freeman v. Hensler* (1900) 64 J.P. 260; *Hudson's B.C.*, 4^e éd., vol. 2, 292 à la page 296.)

Puisqu'une certaine possession du chantier constitue nettement une condition préalable nécessaire à l'exécution par l'entrepreneur de ses obligations, il doit exister une disposition implicite qui prévoit que le chantier sera cédé à l'entrepreneur dans un délai raisonnable de la signature du contrat, (voir p. ex. *Roberts v. Bury Commissioners* (1870) L.R. 5 C.P. 310 aux pages 320 et 325.) et même que dans la plupart des cas, il faut accorder à l'entrepreneur une certaine possession continue et exclusive afin de lui permettre de faire son travail librement et à sa façon. Il doit en être ainsi surtout lorsque le contrat prévoit une date de fin des travaux.

«Si le contrat prévoit un délai dans les limites duquel le constructeur doit accomplir les travaux, cela ne signifie pas seulement qu'il doit respecter ce délai, mais aussi qu'il doit jouir de cette période pour effectuer lesdits travaux». (Le lord juge Vaughan Williams dans *Wells v. Army & Navy Co-operative Society* (1902) 86 L.T. 764; *Hudson's B.C.*, 4^e éd., Vol. 2, à la p. 354.)

Certes en l'espèce, comme l'a souligné le savant juge de première instance, il existe une preuve accablante de la négligence de la défenderesse dans la préparation du chantier et ce, non seulement parce qu'elle n'a pas fourni une voie de

through the whole of the appellant's work, a properly graded and subballast road bed, and also the failure to provide for hydro and highway crossings. Then if those breaches did occur and the plaintiff suffered damages thereby, the plaintiff is entitled to recover compensation for such breaches. In an ordinary case, the plaintiff in an action for damages for such breaches of contract would prove the additional costs which it incurred. As Wilson J. points out in his reasons for judgment, despite the length of the trial, "the evidence was not as helpful as one would have expected and more records giving more particulars of when and where different types of work were being done would have been very useful". Under these circumstances, the plaintiff chose to put its claim for this extra ballasting on the basis of a claim for an additional sum per ton. That is the fashion in which it had attempted to have the respondent agree to pay extra compensation. That such an attempt ended in failure does not prevent the award of damages using the same measure as had been used in the vain attempt to obtain extra compensation.

The learned trial judge expressly accepted the evidence of W. H. MacIlroy, an independent witness giving evidence for the plaintiff, who was asked this question:

Q. And as a person who has advised on bidding on these jobs, what do you think of the figure of 60 cents a ton for paying ballast by the method that he was, in the main, obliged to use?

A. Reasonable.

Earlier in his testimony, the same witness was asked to comment on the track laying method which Mr. Penvidic proposed to employ and he replied:

A. Yes. The method as proposed by Mr. Penvidic, and confirming other testimonies, indicated that the track was to be laid starting from Thompson, and laid continuously in a southern direction until

raccordement à Thompson, mais aussi parce qu'elle n'a pas assuré pendant la quasi-totalité du travail de l'appelante, un nivelage et un sous-ballastage convenable de la chaussée, et également parce qu'elle n'avait rien prévu lors des croisements des lignes de transmission d'énergie et de la route provinciale. Si ces violations se sont effectivement produites, causant ainsi un préjudice à la demanderesse, cette dernière a donc droit au recouvrement d'une indemnité pour ces violations. Dans une poursuite normale en dommages-intérêts pour violations de contrat, la demanderesse ferait la preuve des frais supplémentaires qu'elle a encourus. Comme le souligne le juge Wilson dans ses motifs de jugement, malgré la longue durée du procès, [TRADUCTION] «la preuve n'était pas aussi utile qu'on l'aurait crue et un dossier beaucoup plus détaillé sur l'époque et les lieux où les différents travaux ont été effectués aurait été très utile». Dans les circonstances, la demanderesse a soumis sa réclamation pour le ballastage supplémentaire en demandant une somme additionnelle pour chaque tonne. C'est de cette façon qu'elle avait tenté de convaincre l'intimée de payer une indemnité additionnelle. L'échec de cette tentative ne fait pas obstacle à l'adjudication de dommages-intérêts sur la même base qui avait été utilisée lorsqu'on a vainement tenté d'obtenir une indemnité additionnelle.

Le savant juge de première instance a expressément retenu le témoignage de W. H. MacIlroy, un témoin indépendant appelé par la demanderesse, à qui fut posée cette question:

[TRADUCTION] Q. En tant que personne qui a agi comme conseiller lors des soumissions sur ces travaux, que pensez-vous du montant de 60 cents la tonne de ballast eu égard à la méthode qu'il a dû utiliser dans l'ensemble?

R. Raisonnable

Au début de son témoignage, on a demandé au même témoin de commenter la méthode que M. Penvidic se proposait d'utiliser pour poser les rails. Voici ce qu'il a répondu:

[TRADUCTION] R. Oui. La méthode telle que proposée par M. Penvidic, et confirmant d'autres témoignages, prévoyait que les rails devaient être posés en partant de Thompson et en se dirigeant vers le

the terminus of the railway, and in my railroad building experience this is the only method that I know of, that you would start at the connection with the present railway that the new line is to proceed from, and then work towards the terminus of the new railway spur.

I have never heard of any railway commencing at a point near the centre, and working both ways from that centre point. Had I not been told about this project at any time prior to it being built, I would certainly have thought that this would be the method in which it would be built, that is to start from "A" and proceed in a progressive fashion to the end of the job.

I quote the latter testimony in reference to the respondent's argument in this Court that it was no part of the contract that the appellant commence laying track from Thompson and proceed southerly.

It is quite evident that a man with Mr. MacIlroy's very outstanding experience considered such procedure the only efficient method.

Viscount Haldane L.C., in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*², said at pp. 688-9.

The quantum of damage is a question of fact, and the only guidance the law can give is to lay down general principles which afford at times but scanty assistance in dealing with particular cases. The judges who give guidance to juries in these cases have necessarily to look at their special character, and to mould, for the purposes of different kinds of claim, the expression of the general principles which apply to them, and this is apt to give rise to an appearance of ambiguity.

Subject to these observations I think that there are certain broad principles which are quite well settled. The first is that, as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed.

² [1912] A.C. 673.

sud jusqu'au terminus du chemin de fer, et d'après mon expérience dans la construction des chemins de fer, cette méthode est la seule que je connaisse, c'est-à-dire partir de la voie de raccordement avec le chemin de fer déjà existant qui constitue le point de départ de la nouvelle ligne, pour se diriger ensuite vers le terminus du nouvel embranchement.

Je n'ai jamais entendu parler d'un chemin de fer dont la construction a débuté au centre de la ligne pour ensuite s'éloigner des deux côtés du point central vers le terminus. Si l'on ne m'avait soufflé mot de ce projet avant la construction de ce chemin de fer, j'aurais sûrement pensé que l'on utiliserait cette méthode pour le construire, c'est-à-dire commencer au point «A» et se diriger graduellement vers le terminus de la ligne.

Je cite ce témoignage en réponse à l'allégation formulée par l'intimée en cette Cour à l'effet que le contrat ne prévoyait nullement que l'appelante devait commencer la pose des rails à Thompson pour se diriger ensuite vers le sud.

Il est évident qu'un homme qui possède la vaste expérience de M. MacIlroy considère cette façon de procéder comme étant la seule méthode efficace.

Dans l'affaire *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*², Lord Haldane dit aux pp. 688 et 689:

[TRADUCTION] Le montant des dommages est une question de fait, et la seule indication que la loi peut donner consiste à formuler des principes généraux qui parfois ne sont pas très utiles quand il s'agit de traiter de cas particuliers. Les juges qui, dans ces cas, donnent des directives à des jurés doivent tenir compte de leur caractère particulier, et adapter aux différentes catégories de demandes leur énoncé des principes généraux applicables, et cela peut créer une ambiguïté apparente.

Ceci dit, je pense qu'il y a certains principes généraux qui sont bien établis. Le premier consiste, dans la mesure du possible, à remettre celui qui a prouvé la rupture de contrat, savoir l'inexécution d'un marché par lequel il devait obtenir quelque chose, dans une situation aussi avantageuse, pour autant que cela puisse se faire par l'allocation d'une somme d'argent, que si le contrat avait été exécuté.

² [1912] A.C. 673.

The difficulty in fixing an amount of damages was dealt with in the well known English case of *Chaplin v. Hicks*³, which had been adopted in the Appellate Division of the Supreme Court of Ontario in *Wood v. Grand Valley Railway Company*⁴, where at pp. 49-50, Meredith C.J.O. said:

There are, no doubt, cases in which it is impossible to say that there is any loss assessable as damages resulting from the breach of a contract, but the Courts have gone a long way in holding that difficulty in ascertaining the amount of the loss is no reason for not giving substantial damages, and perhaps the furthest they have gone in that direction is in *Chaplin v. Hicks*, [1911] 2 K.B. 786. In that case the plaintiff, owing, as was found by the jury, to a breach by the defendant of his contract, had lost the chance of being selected by him out of fifty young ladies as one of twelve to whom, if selected, he had promised to give engagements as actresses for a stated period and at stated wages, and the action was brought to recover damages for the breach of the contract, and the damages were assessed by the jury at £100. The defendant contended that the damages were too remote and that they were unassessable. The first contention was rejected by the Court as not arguable, and with regard to the second it was held that "where it is clear that there has been actual loss resulting from the breach of contract, which it is difficult to estimate in money, it is for the jury to do their best to estimate; it is not necessary that there should be an absolute measure of damages in each case": per Fletcher Moulton, L. J. at p. 795.

When *Wood v. Grand Valley Railway Company*, *supra*, reached the Supreme Court of Canada, judgment was given by Davies J. and was reported in 51 S.C.R. 283, where the learned justice said at p. 289:

It was clearly impossible under the facts of that case to estimate with anything approaching to mathematical accuracy the damages sustained by the plaintiffs, but it seems to me to be clearly laid down there by the learned judges that such an impossibility cannot "relieve the wrongdoer of the necessity of paying damages for his breach of contract" and that on the other hand the tribunal to estimate them whether jury or judge must

La difficulté à déterminer le montant des dommages-intérêts a été envisagée dans la célèbre cause anglaise *Chaplin v. Hicks*³, qui a été suivie en Division d'appel de la Cour suprême de l'Ontario dans l'affaire *Wood v. Grand Valley Railway Company*⁴, où le juge en chef Meredith a dit aux pp. 49 et 50:

[TRADUCTION] Il existe sans aucun doute des causes où il est impossible de convenir de l'existence d'un préjudice réparable par l'adjudication de dommages-intérêts à la suite d'une rupture de contrat, mais les cours ont maintes fois répété que la difficulté à déterminer l'étendue du préjudice ne constitue pas un motif pour refuser d'accorder des dommages-intérêts considérables, et la décision la plus extrême dans ce domaine est peut-être celle de *Chaplin v. Hicks*, (1911) 2 K.B. 786. Dans cette affaire, le jury avait conclu, à la suite de la rupture du contrat par le défendeur, que la demanderesse avait perdu la chance d'être choisie par ce dernier parmi cinquante jeunes filles comme une des douze à qui il avait promis, si elles étaient choisies, des emplois comme actrices pour une période et un salaire déterminés, et l'action a été intentée en vue de recouvrer des dommages-intérêts pour la rupture du contrat, et le jury a fixé à £100 le montant de ces dommages-intérêts. Le défendeur a allégué que les dommages étaient beaucoup trop indirects et qu'ils étaient indéterminables. La première prétention a été déclarée irrecevable par la Cour et a donc été rejetée. Quant à la seconde, on a déclaré que «lorsqu'une perte réelle résultant de la rupture d'un contrat n'est pas douteuse mais difficile à estimer en argent, le jury doit faire pour le mieux; il n'est pas nécessaire qu'il y ait dans chaque cas une mesure absolument précise des dommages»: le lord juge Fletcher Moulton à la page 795.

Lorsque l'affaire *Wood v. Grand Valley Railway Company*, *précitée*, a été plaidée devant la Cour suprême du Canada, la décision a été rendue par le juge Davies et elle fut publiée à 51 R.C.S. 283, où le savant juge a dit à la p. 289:

[TRADUCTION] A la lumière des faits de cette cause, c'était vraiment impossible d'évaluer avec grande précision le préjudice subi par la demanderesse, mais il me semble que les savants juges ont clairement établi qu'une telle impossibilité ne «décharge pas pour autant l'auteur du préjudice de l'obligation de payer des dommages pour la rupture du contrat» et que d'autre part, le tribunal doit évaluer le préjudice même si, en pareilles

³ [1911] 2 K.B. 786.

⁴ (1913), 30 O.L.R. 44.

³ [1911] 2 K.B. 786.

⁴ (1913), 30 O. L.R. 44.

under such circumstances do "the best it can" and its conclusion will not be set aside even if *the amount of the verdict is a matter of guess work.*

I can see no objection whatsoever to the learned trial judge using the method suggested by the plaintiff of assessing the damages in the form of additional compensation per ton rather than attempting to reach it by ascertaining items of expense from records which, by the very nature of the contract, had to be fragmentary and probably mere estimations. In doing so, he had the testimony of MacIlroy, an experienced railroad builder, whom the learned trial judge found to be an honest and a satisfactory witness, and he was assisted by an assessor, Mr. T. W. Creighton, of whom the learned trial judge said:

His broad experience during the many years he spent in the service of the Canadian Pacific Railway enabled me to understand the evidence relating to the construction problems before the Court.

Using that method, the learned trial judge assessed the damages due to additional ballasting at \$51,527.77. The Court of Appeal, in disallowing this item, were of the opinion that the plaintiff, here appellant, was prevented from recovering it by such authorities as *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. v. Eakins Construction Limited, supra*, on the ground that the plaintiff was seeking to assert a claim under another or additional contract and that the parties had made no such additional contract. As I have pointed out, the plaintiff's claim, apart from its alternative form of a *quantum meruit*, was not advanced on such basis of an additional contract but on the basis of damages for the breach of the original contract, which breaches I have outlined above.

In my view, the *Kiewit v. Eakins* case is a different situation. There, the sub-contractor tendered for the construction work and prior to entering into the construction work the conditions of construction were amended by adding the words "Bottom of timber piles to be below bottom of

circonstances, le jury ou le juge doit «agir au mieux», et sa conclusion ne sera pas infirmée même si *le montant accordé n'est en fait que le fruit de conjectures.*

Selon moi, on ne peut s'objecter au fait que le savant juge de première instance ait opté pour la méthode suggérée par la demanderesse d'évaluer le préjudice sous forme d'une indemnité supplémentaire pour chaque tonne plutôt que d'avoir tenté d'y parvenir en analysant au dossier les différents postes de dépenses qui, selon la nature même du contrat, devaient être fragmentaires et probablement de simples estimations. Pour ce faire, il pouvait se fonder sur le témoignage de McIlroy, un constructeur expérimenté de chemins de fer qu'il a qualifié de témoin honnête, et il était également conseillé par un assesseur, M. T.W. Creighton, de qui il a dit:

[TRADUCTION] Sa vaste expérience accumulée au cours des nombreuses années alors qu'il travaillait pour les chemins de fer du Canadien pacifique m'a permis de comprendre la preuve portant sur les problèmes de construction qui ont été soumis à la Cour.

En utilisant cette méthode, le savant juge de première instance a évalué à \$51,527.77 les dommages-intérêts résultant du ballastage supplémentaire. En rejetant cette adjudication, la Cour d'appel était d'avis que la jurisprudence, telle que la cause *Peter Kiewit Sons' Company of Canada Limited et al. c. Eakins Construction Limited, précitée*, empêchait la demanderesse, l'appelante en cette Cour, de recouvrer ces dommages parce qu'elle cherchait à faire valoir une réclamation en vertu d'un autre contrat ou d'un contrat supplémentaire qui n'a jamais existé entre les parties. Comme je l'ai déjà souligné, la réclamation de la demanderesse, sauf sa formule de rechange basée sur le *quantum meruit*, ne se fonde pas sur l'existence d'un contrat supplémentaire mais plutôt sur le préjudice subi par la violation du contrat original, lesquelles violations ont été mentionnées ci-dessus.

A mon avis, l'affaire *Kiewit c. Eakins* présente une situation différente. Dans cette cause, le sous-traitant avait soumissionné les travaux de construction et avant le début des travaux, les conditions d'exécution ont été modifiées par l'addition au contrat des mots [TRADUCTION] «l'extrémité

sheet piling." The sub-contractor noted this addition at once but merely mentioned it to the head contractor and thereafter continued to complain of it, but none the less proceeded to attempt to carry out the work and in so doing certainly sustained larger costs than if the work had been performed in accordance with the contract as first drafted. The plaintiff under those circumstances could not obtain additional compensation unless it proved such new contract.

The plaintiff, in this case, does not depend on any change in the original contract which resulted in higher cost to him. He complains of a breach of both the express and implied conditions in the original contract and in the view of the trial court, confirmed on this point, in my opinion, by the judgment of the Court of Appeal, he has proved such breaches. Under such circumstances, he is, as I have said, entitled to damages, and I am of the opinion that those damages were properly assessed by the learned trial judge at the figure of \$51,527.77.

I turn now to the only other item of damages found by the learned trial judge and materially reduced by the judgment of the Court of Appeal, that is, the claim for compensation for use of the appellant's own locomotive and crews. The plaintiff, here appellant, had, in its summary of its claim as submitted to the learned trial judge and marked Ex. 115, claimed the sum of \$13,200. Under the subsequent agreement between the parties, to which I have referred above, the plaintiff had agreed to supply rental of locomotives including crew etc., for the period from the 15th of March to the 15th of July. It had been anticipated at that later date that the connection at Thompson would have been completed and the defendant's, here respondent's, own locomotives would have been available. That connection was not completed until August 5, 1968, but the respondent's locomotive was not available until August 12, 1968, and then only one not two locomotives was available. The appellant chose to leave its own light locomotive on the job and, in fact, it remained on the job

inférieure des pieux de bois doit être plus basse que celle des palplanches». Le sous-traitant a aussitôt remarqué cette adjonction qu'il a tout simplement mentionnée à l'entrepreneur en chef pour ensuite continuer à s'en plaindre, mais il n'en poursuivra pas moins l'exécution des travaux qui, finalement, lui ont coûté beaucoup plus cher que s'il les avait effectués en conformité du contrat tel que rédigé originalement. Dans les circonstances, la demanderesse ne pouvait obtenir d'indemnité supplémentaire qu'en prouvant l'existence de ce nouveau contrat.

En l'espèce, la demanderesse ne compte sur aucune modification du contrat original pour justifier l'augmentation de ses coûts. Elle se plaint d'une violation des dispositions expresses et implicites du contrat original, et elle a prouvé ces violations d'après la décision du tribunal de première instance confirmée sur ce point, selon moi, par l'arrêt de la Cour d'appel. Ainsi, comme je l'ai déjà signalé, la demanderesse a droit à des dommages-intérêts, et je suis d'avis que ces dommages-intérêts ont été correctement évalués par le savant juge de première instance lorsqu'il les a fixés à \$51,527.77.

J'aborde maintenant le seul autre chef de dommages-intérêts accordé par le savant juge de première instance et qui a été réduit de beaucoup par la Cour d'appel, c'est-à-dire la réclamation d'une indemnité pour l'usage de la locomotive de l'appelante et la main-d'œuvre. Dans l'exposé de ses réclamations qu'elle a soumis au savant juge de première instance et qui a été inscrit sous la cote P. 115, la demanderesse, l'appelante en cette Cour, a réclamé la somme de \$13,200. En vertu de l'entente susmentionnée intervenue ultérieurement entre les parties, la demanderesse avait convenu d'assurer la location des locomotives, y compris la main-d'œuvre etc., pour la période comprise entre le 15 mars et le 15 juillet. On avait prévu qu'à cette dernière date la construction de la voie de raccordement à Thompson aurait été terminée et que les locomotives de la défenderesse, l'intimée en cette Cour, auraient été disponibles. La construction de cette voie de raccordement n'a été terminée que le 5 août 1968, et ce n'est qu'à compter du 12 août 1968 que la locomotive de l'intimée fut dispo-

until the completion. Wilson J. reduced the claim which I have said was made at the sum of \$13,200 materially, allowing for an additional rental at the agreed rate of \$1,200 per week only for the period from July 15 to August 17, 1968, at which time the appellant had added a Mannix sled which materially increased the productiveness of the crew.

Wilson J. noted that the appellant's own locomotive had been broken down for a month and he took that factor into account when making the reduction in the claim as presented by the plaintiff at trial. On the evidence, Wilson J. was of the opinion that in all of the circumstances and particularly in view of the fact that the railroad was then lagging far beyond the completion date set out in the contract, such additional claim was reasonable in the sum he fixed at \$4,800. The Court of Appeal was of the opinion that that sum should be reduced by allowing only four-sevenths of a week at the rate of \$1,200 per week and that it should be allowed for four days between the 5th of August and the 12th of August. It was said in the Court of Appeal:

The use of the Respondent's locomotive prior to August 5 was paid for under the agreement wherein Penvidic received \$35,000.00 and the locomotive provided for by Inco was available from August 12.

The error in this statement is that the use of the locomotive prior to August 5th had not been paid for by the sum of \$35,000. That sum was in terms to apply only to the rental of the locomotive and crew up to the 15th of July. I am of the opinion, therefore, that the learned trial judge was quite correct in assessing the claim for four weeks' additional rental and I am of the opinion that the item of \$4,800, as allowed by the learned trial judge, should be restored.

For the above reasons, I have come to the conclusion that the two sums of \$51,577.74 and \$4,114.29, as deducted by the Court of Appeal,

nible, et encore-là seulement une locomotive et non deux. L'appelante a donc continué à utiliser sa propre locomotive légère sur le chantier et, en fait, elle y est demeurée jusqu'à la fin des travaux. Le juge Wilson a réduit de beaucoup le montant de la réclamation qui, comme je l'ai dit, se situait à \$13,200, accordant des frais de location supplémentaires pour la somme convenue de \$1,200 par semaine pour la période du 15 juillet au 17 août 1968, moment où l'appelante avait ajouté une voiture Mannix qui augmenta sensiblement le rendement de l'équipe.

En réduisant la réclamation telle que présentée par la demanderesse au cours du procès, le juge Wilson a considéré le fait que la locomotive de l'appelante a été en panne pendant un mois. En se fondant sur la preuve, le juge Wilson était d'avis que, compte tenu des circonstances et du fait que la construction du chemin de fer accusait alors un retard considérable en regard de l'échéancier prévu au contrat, il était raisonnable de fixer à \$4,800 cette réclamation supplémentaire. La Cour d'appel était d'avis que cette somme devait être réduite en accordant seulement les quatre-septièmes d'une semaine au taux hebdomadaire de \$1,200 et ce, pour quatre jours compris dans la période du 5 au 12 août. On a dit en Cour d'appel:

[TRADUCTION] Le paiement pour l'usage de la locomotive de l'intimée était prévu à l'entente en vertu de laquelle Penvidic a reçu la somme de \$35,000 et la locomotive fournie par Inco était disponible à compter du 12 août.

Il y a erreur dans cet énoncé car le paiement de \$35,000 ne s'applique pas à l'usage de la locomotive pour la période précédant le 5 août. Cette somme devait défrayer en fait que les coûts de location de la locomotive et de main-d'œuvre jusqu'au 15 juillet. Par conséquent, je suis d'avis que le savant juge de première instance a correctement évalué la réclamation pour les quatre semaines de location supplémentaires et je suis aussi d'avis que le poste de \$4,800, tel qu'accordé par le savant juge de première instance, doit être rétabli.

Pour ces motifs, je conclus que les sommes de \$51,577.74 et de \$4,114.29 telles que soustraites par la Cour d'appel, doivent être rétablies et, par

should be restored and, therefore, the appellant should have judgment for the sum of \$111,577.74. The appellant is entitled to its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

conséquent, l'appelante doit obtenir jugement pour la somme de \$111,577.74. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes cours.

Appel accueilli avec dépens.

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

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

Gertrude Morand (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Georges Paquin (*Defendant*) *Respondent*.

1974: October 23; 1974: December 19.

Present: Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

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

Accounting—Contestation of account—Whether husband is bound to give up fruits which have been consumed up to the time marriage is dissolved—Civil Code, art. 1425, now repealed.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec¹ setting aside a judgment of the Superior Court which allowed an action to render accounts.

Appeal allowed.

Jules Dupré, for the plaintiff, appellant.

Jean Lefrançois, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—I am of the same opinion as Montgomery J., dissenting in the Court of Appeal.

Respondent appeared twice in the Superior Court. The first time, he was ordered to render an account to appellant, his wife separate as to property, and the second time, his account was contested. Neither of the trial judges appear to have believed his testimony.

The case also concerned interpretation of art. 1425 of the *Civil Code*, now repealed. The Superior Court did this, reducing the claim of appellant.

I would allow the appeal, quash the judgment of the Court of Appeal and reinstate the terms of the judgment of the Superior Court, with costs in all Courts.

Appeal allowed with costs.

¹ [1973] C.A. 211.

Gertrude Morand (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Georges Paquin (*Défendeur*) *Intimé*.

1974: le 23 octobre; 1974: le 19 décembre.

Présents: Les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Reddition de compte—Débat de compte—Le mari est-il tenu à la représentation des fruits consommés jusqu'à la dissolution du mariage—Code civil, art. 1425, maintenant abrogé.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la Reine, province de Québec¹, infirmant un jugement de la Cour supérieure, lequel accueillait une action en reddition de compte. Appel accueilli.

Pourvoi accueilli.

Jules Dupré, pour la demanderesse, appelante.

Jean Lefrançois, pour le défendeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Je suis du même avis que Monsieur le juge Montgomery, dissident en Cour d'appel.

L'intimé s'est retrouvé deux fois en Cour supérieure, une fois pour être condamné à rendre des comptes à l'appelante, son épouse séparée de biens, et l'autre fois pour débattre ces comptes. Or aucun des juges de première instance ne paraît avoir ajouté foi à son témoignage.

Il s'agissait également d'interpréter l'art. 1425 du *Code civil*, maintenant abrogé. La Cour supérieure y a donné suite en réduisant la réclamation de l'appelante.

J'accueillerais le pourvoi, j'écarterais le jugement de la Cour d'appel et je rétablirais le dispositif du jugement de la Cour supérieure, avec dépens dans toutes les Cours.

Appel accueilli avec dépens.

¹ [1973] C.A. 211.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Dupré & Gagnon, Montreal.

Solicitors for the defendant, respondent: Geoffrion, Prud'homme, Chevrier & Cardinal, Montreal.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Dupré & Gagnon, Montréal.

Procureurs du défendeur, intimé: Geoffrion, Prud'homme, Chevrier & Cardinal, Montréal.

The Western Assurance Company
(*Defendant*) *Appellant*;

and

Jean-Paul Desgagnés (*Plaintiff*) *Respondent*.

1974: October 10; 1974: December 19.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

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

Insurance—Marine insurance of carrier—Liability clause where cargo carried on deck at shipper's risk—Verbal contract between shipper and carrier—Carrier would have been liable in case of written contract placing cargo on deck at shipper's risk—Insurer's liability.

An award was made against respondent in its capacity of carrier, in proceedings instituted against it by the shipper, following a loss attributed to instability of the vessel resulting from placing an excessive load on deck as compared with cargo in the holds. The contract of carriage between the carrier and the shipper was a verbal one. Respondent, basing its action on a contract of marine insurance, sought to be indemnified by appellant. Appellant company refused, pointing out that the loss did not fall within the cover provided by the policy which excluded liability for any cargo on deck. The lower Courts ordered appellant to indemnify respondent. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

The insurance agreement stipulates that the insurer's liability shall be limited to such as would exist if there were a bill of lading providing that cargo shall be at shipper's risk if carried on deck. The expression "at shipper's risk" does not preclude the carrier's liability to the shipper for unseaworthiness of the vessel. The instability established in this case constituted unseaworthiness and the insurer must be held liable.

The appellant cannot escape liability on the ground that the respondent had at his disposal a bill of lading under which he could have successfully contested the shipper's claim, a bill of lading precluding all recourse based on unseaworthiness. The policy did not impose such a bill of lading on the insured.

The Western Assurance Company
(*Défenderesse*) *Appelante*;

et

Jean-Paul Desgagnés (*Demandeur*) *Intimé*.

1974: le 10 octobre; 1974: le 19 décembre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

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

Assurance—Assurance maritime de voiturier—Clause de responsabilité en cas de transport de cargaison en pontée au risque de l'expéditeur—Contrat verbal entre expéditeur et voiturier—Voiturier serait responsable en cas de contrat écrit mettant cargaison en pontée au risque de l'expéditeur—Responsabilité de l'assureur.

L'intimé a été condamné en qualité de voiturier dans les procédures intentées contre lui par l'expéditeur à la suite d'une perte attribuée à l'instabilité du navire résultant d'un chargement trop pesant sur le pont par rapport à la cargaison dans les cales. Le contrat de transport entre le voiturier et l'expéditeur était verbal. L'intimé, invoquant un contrat d'assurance maritime, a demandé à l'appelante de l'indemniser. La compagnie appelante a refusé en affirmant que la perte n'était pas visée par la couverture de la police, celle-ci excluant toute responsabilité à l'égard d'une cargaison en pontée. Les Cours inférieures ont condamné l'appelante à indemniser l'intimé. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La convention d'assurance stipule que la responsabilité de l'assureur sera limitée à celle qui existerait s'il y avait un connaissement prévoyant que la cargaison sera au risque de l'expéditeur si elle est arrimée en pontée. L'expression «au risque de l'expéditeur» n'écarte pas la responsabilité du transporteur envers l'expéditeur pour le mauvais état de navigabilité du navire. L'instabilité prouvée en l'espèce constituait mauvais état de navigabilité et l'assureur doit être condamné.

L'appelante ne peut échapper à sa responsabilité parce que l'intimé avait à sa disposition une formule de connaissement qui lui aurait permis de contester victorieusement la réclamation de l'expéditeur, ce connaissement écartant tout recours fondé sur le mauvais état de navigabilité. L'emploi de cette formule n'a pas été imposé à l'assuré par la police d'assurance.

Svenssons Travaruaktiebolag v. Cliffe Steamship Company, 41 Ll. L. Rep. 262; [1932] 1 K.B. 490, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

R. G. Chauvin, Q.C., for the defendant, appellant.

R. Gaudreault, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—By its action, based on a contract of marine insurance, respondent is seeking to be indemnified by appellant (Western) for an award made against it in its capacity of carrier, in proceedings instituted by the shipper, Canada Steamship Lines Ltd. (C.S.L.). The decision in *Canada Steamship Lines Ltd. v. Desgagnés* is reported in [1967] 2 Ex. C.R. 234.

For purposes of the case at bar it suffices to note the following facts:

- the contract of carriage between Desgagnés and C.S.L. was a verbal one;
- this contract concerned 152 metal plates;
- the plates were loaded on the deck of the vessel *Fort Carillon* by C.S.L. employees;
- at about 8.55. p.m. on September 12, 1961, the vessel left Montreal for Lauzon and a few hours later, near Contrecoeur, while moving in calm waters, it listed and 148 of the plates fell into the sea;
- the loss is attributable to instability of the vessel resulting from placing an excessive load on deck as compared with cargo in the holds.

On July 20, 1962, the insurer refused to indemnify its policy-holder, pointing out that: -

We are satisfied that the loss is not one which would fall within the cover provided by our policy. As you are aware, the policy provides that cargo carried on deck is carried thereon at the shipper's risk. We can find nothing in the present situation to obviate this part of the policy . . .

Arrêt mentionné: *Svenssons Travaruaktiebolag c. Cliffe Steamship Company*, 41 Ll. L. Rep. 262; [1932] 1K.B. 490.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la reine, province de Québec, confirmant un jugement de la Cour supérieure. Appel rejeté.

R. G. Chauvin, c.r., pour la défenderesse, appelante.

R. Gaudreault, pour le demandeur, intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Par son action, fondée sur un contrat d'assurance maritime, l'intimé demande à l'appelante (Western) de l'indemniser d'une condamnation prononcée contre lui en qualité de voiturier dans les procédures intentées par l'expéditeur, Canada Steamship Lines Ltd. (C.S.L.). Le jugement dans l'affaire *Canada Steamship Lines Ltd. c. Desgagnés* est rapporté à [1967] 2 R.C. de l'E. 234.

Pour les fins du litige, il suffit de rappeler les faits suivants:

- le contrat de transport entre Desgagnés et la C.S.L. était verbal;
- ce contrat portait sur 152 pièces de métal;
- ces pièces furent chargées sur le pont du navire *Fort Carillon* par les employés de la C.S.L.;
- le 12 septembre 1961, vers 20.55 heures, le navire quitta Montréal pour Lauzon et quelques heures plus tard, près de Contrecoeur, alors que le navire naviguait en eaux calmes, il donna de la bande et 148 des pièces tombèrent à la mer;
- cette perte doit être attribuée à l'instabilité du navire, résultant d'un chargement trop pesant sur le pont par rapport à la cargaison dans les cales.

Dès le 20 juillet 1962, l'assureur refusa d'indemniser son assuré en s'exprimant comme suit:

[TRADUCTION] Il est établi à notre satisfaction que la perte n'en est pas une visée par la couverture que prévoit notre police. Vous n'êtes pas sans savoir que la police prévoit que la cargaison transportée en pontée est transportée ainsi au risque de l'expéditeur. Nous ne voyons rien dans la situation présente qui soit de nature à obvier à cette partie de la police . . .

In its written defence in respect of respondent's action appellant insurer re-affirmed its position. The clause on which it relies is the following:

CARRIAGE OF CARGO

It is understood and agreed that liability hereunder shall be limited to such as would exist if there were a charter party, bill of lading or contract of affreightment containing

- (a) A provision that shipments are subject either to the Harter Act 1893 or to the (U.S.A.) Carriage of Goods by Sea Act 1936 if from a United States port, or to the (Canadian) Water Carriage of Goods Act 1936 if from a Canadian port, and also to the minimum valuations per package of freight unit and to all the exemptions from liability permitted by said Acts;
- (b) A negligence general average clause reading: "In the event of accident, danger, damage, or disaster before or after commencement of the voyage, resulting from any cause whatsoever, whether due to negligence or not, for which, or for the consequences of which, the shipowner is not responsible, by statute or contract or otherwise, the shippers, consignees or owners of the cargo shall contribute with the shipowner in general average to the payment of any sacrifices, losses or expenses of a general average nature that may be made or incurred and shall pay salvage and special charges incurred in respect of the cargo";
- (c) A provision that cargo shall be at shipper's risk if carried on deck;
- (d) A clause providing that the Assured and the Vessel named herein shall have the benefit of all statutory limitations and exemptions from liability permitted to vessel owners;
- (e) A *Liberties Clause* commonly used in the trade in which the Vessel is engaged;
- (f) Such clauses, if any, as are required by law to be stated therein;

It is this clause which was examined by the Superior Court and the Court of Appeal in the light of the facts contained in admissions signed by the parties, documents which need not be reproduced for the purposes of this appeal. Their examination led the Quebec Courts to find in favour of respondent, and I should say at once that I concur

Dans sa défense écrite à l'action de l'intimé, l'assureur appelant a réaffirmé sa position. La clause sur laquelle il s'appuie est la suivante:

[TRANSDUCTION] TRANSPORT DE CARGAISON

Il est entendu et convenu que la responsabilité en vertu des présentes sera limitée à celle qui existerait s'il y avait charte-partie, connaissance ou contrat d'affrètement contenant

- (a) une disposition prévoyant que les envois sont assujettis soit au Harter Act 1893 ou au Carriage of Goods by Sea Act (U.S.A.) 1936 s'ils sont d'un port des États-Unis, soit à la Loi (canadienne) sur le transport des marchandises par eau, 1936, s'ils sont d'un port canadien, et également aux évaluations minimum par colis ou unité de fret et à toutes les exonérations de responsabilité permises per lesdites lois;
- (b) Une clause *Négligence-avaries communes* se lisant comme suit: «Advenant accident, danger, dommage, ou désastre avant ou après le commencement du voyage, résultant de quelque cause que ce soit, due à la négligence ou non, et pour laquelle, ou pour les conséquences de laquelle, le propriétaire du navire n'est pas responsable, en vertu d'une loi ou d'un contrat ou autrement, les expéditeurs, consignataires ou propriétaires de la cargaison contribueront avec le propriétaire du navire en avaries communes au paiement de tout sacrifice, toute perte ou haute dépenses d'avaries communes qui pourront avoir été faits ou encourus et paieront les frais de sauvetage et frais spéciaux encourus relativement à la cargaison»;
- (c) Une disposition prévoyant que la cargaison sera au risque de l'expéditeur si elle est arrimée en pontée;
- (d) Une clause prévoyant que l'Assuré et le navire nommé aux présentes bénéficieront de toutes les limitations et exonérations statutaires de responsabilité permises en faveur des propriétaires de navires;
- (e) Une *Liberties Clause* communément utilisée dans le commerce dans lequel le navire est engagé;
- (f) Les clauses que la loi peut exiger que l'on y insère;

C'est cette clause qui fut étudiée par la Cour supérieure et par la Cour d'appel à la lumière des faits contenus dans les admissions signées par les parties, document qu'il n'est pas nécessaire de reproduire pour l'intelligence de cet appel. Cette étude a amené les tribunaux du Québec à conclure en faveur de l'intimé et je dirai tout de suite que je

in that conclusion, though I am unable to subscribe to several of the reasons stated by the Superior Court and the Court of Appeal.

The only clause of the agreement that can be relied on by the insurer is para. (c), which concerns carriage on deck. It elected to limit its liability by stipulating what any contract of carriage would be deemed to contain, and in that stipulation it indicated specifically, in para. (c), what the contract of carriage would be deemed to contain with respect to goods on deck. It therefore cannot maintain that para. (a) imposes a wider provision, for the same kind of carriage, than this specific clause.

The liability of the insurer is thus limited to certain specific cases. The policyholder and his clients may make whatever legal agreements they please, but as between the policyholder and the insurer, the liability of the latter must be examined in the light of what the policyholder's position would have been if he had issued the document prescribed by the aforementioned clause. In the case at bar, therefore, the only problem for solution is the following: would Desgagnés have been liable to C.S.L. in the circumstances of the incident if a written contract of carriage had stipulated that the metal plates were to be carried on deck, and at the risk of the shipper? I have already indicated that this question must be answered in the affirmative. Appellant argued that it certainly should not be required to indemnify Desgagnés, because the latter had at his disposal a bill of lading form containing the following stipulation:

[TRANSLATION] CARGO ON DECK: The goods covered by this bill of lading may be stowed on or under the deck at the discretion of the carrier; and when they are stowed on deck they shall, by virtue of this provision, be deemed to be stated as being so stowed, even without any specific statement to this effect on the face of the bill of lading. With respect to goods stowed on deck, the carrier assumes no liability for any loss, damage or delay resulting from any cause whatever, including negligence or unseaworthiness at departure or at any time during the voyage.

partage cette conclusion, tout en ne pouvant me rallier à plusieurs des motifs exprimés par la Cour supérieure et par la Cour d'appel.

La seule clause de la convention que l'assureur peut invoquer est l'al. (c) qui traite du transport en pontée. Il a choisi de circonscrire ses obligations en stipulant ce que sera censé contenir tout contrat de transport et dans cette stipulation il a énoncé, de façon particulière à l'al. (c), ce que le contrat de transport doit être censé contenir quant aux marchandises sur le pont. Il ne peut donc pas prétendre que l'al. (a) impose pour ce même genre de transport une clause plus extensive que cette disposition particulière.

La responsabilité de l'assureur est donc restreinte à certains cas précis. L'assuré et ses clients peuvent faire toutes les conventions légales qui leur plaisent mais, entre l'assuré et l'assureur, la responsabilité de ce dernier doit être examinée à la lumière de ce qu'aurait été la situation de l'assuré s'il avait émis le document prescrit par la clause précitée. En l'espèce, l'unique question à résoudre est donc la suivante: La responsabilité de Desgagnés dans les circonstances de l'événement aurait-elle été engagée envers la C.S.L. si un contrat écrit de transport avait stipulé que les pièces de métal seraient transportées en pontée et qu'elles seraient au risque de l'expéditeur? J'ai déjà indiqué que cette question doit recevoir une réponse affirmative. L'appelante nous a soumis qu'elle ne saurait être appelée à indemniser Desgagnés parce que celui-ci avait à sa disposition une formule de connaissance dans laquelle on retrouve la stipulation suivante:

CARGAISON EN PONTÉE:—Les marchandises couvertes par ce connaissance peuvent être arrimées sur ou sous le pont à la discrétion du Voiturier; et lorsqu'elles sont chargées en pontée elles sont, en vertu de cette disposition, censées être déclarées comme étant ainsi chargées en pontée, et ceci même si aucune mention spécifique à cet effet n'appert à la face de ce connaissance. Relativement à cette cargaison en pontée, le Voiturier n'assume aucune responsabilité quant aux pertes, avaries ou aux retards résultant de toutes causes que ce soit, y compris la négligence ou le mauvais état de navigabilité au départ ou n'importe quel moment du voyage.

In my view the liability of Western should not be examined in light of a bill of lading containing a general stipulation excluding liability for any cargo on deck, "including negligence or unseaworthiness". That was not the insurance agreement between the parties. The agreement was much more limited in scope: by its terms, the insurer is liable to its policyholder whenever the latter would himself have been liable to the shipper if the contract of carriage had contained a stipulation that cargo on deck was carried at the risk of the shipper.

Put otherwise, the insurer never said to the policyholder that the insurance contract would not indemnify him in any event of damage to cargo carried on deck. On the contrary, the text indicates that the said compensation would be paid for all damages not excluded by a bill of lading "at shipper's risk".

This expression has a well-defined meaning, and it does not preclude the carrier's liability to the shipper for unseaworthiness of the vessel. On this point we need only refer to the opinion of Lord Wright in *Svenssons Travaruaktiebolag v. Cliffe Steamship Company*¹, wherein he said the following at p. 498:

It is quite clear, in my judgment, on the authorities as they now stand, that the words 'at charterers' risk', standing alone and apart from any other exception in the charterparty, do not excuse the shipowner in the case of a loss due to the breach of warranty of seaworthiness. That, if it needed authority, is clearly laid down by the Court of Appeal in *The Galileo* [1914] P. 9, and I do not find any reason to qualify that conclusion by anything that I find in the decision of the same case in the House of Lords, [1915] A.C. 199.

The finding in *Galileo*, [1914] P. 9 was as follows:

that the defendants were liable to make good to the plaintiffs the loss they had sustained by the sinking of the lighter through unseaworthiness, the question being one of the construction of the through bill of lading, and the words 'at shipper's risk' referred to other risks than

¹ 41 Ll.L. Rep. 262, [1932] 1 K.B. 490.

Je ne crois pas que la responsabilité de la Western doive être examinée à la lumière d'un connaissement contenant une stipulation générale de non responsabilité pour toute cargaison en pontée, «y compris la négligence ou le mauvais état de navigabilité». Ce n'est pas là la convention d'assurance entre les parties. Cette convention va beaucoup moins loin et l'assureur, d'après ses termes, est responsable envers son assuré chaque fois que celui-ci serait lui-même responsable envers l'expéditeur si le contrat de transport avait contenu une stipulation mettant au risque de l'expéditeur la cargaison en pontée.

En d'autres termes, l'assureur n'a jamais dit à son assuré que le contrat d'assurance ne l'indemniserait en aucun cas d'un dommage à la cargaison transportée en pontée. Au contraire, par le jeu du texte, il lui a affirmé qu'une indemnité lui serait versée pour tous les dommages non exclus par un connaissement «au risque de l'expéditeur».

Cette expression a un sens bien défini et elle n'écarte pas la responsabilité du transporteur envers l'expéditeur pour le mauvais état de navigabilité du navire. Sur ce point, il suffit de référer à l'opinion émise par Lord Wright dans le *Svenssons Travaruaktiebolag c. Cliffe Steamship Company*¹, où il affirme ce qui suit à la p. 498:

[TRADUCTION] Il est très clair, à mon avis, d'après l'état actuel de la jurisprudence, que les mots «au risque des affréteurs», pris isolément et indépendamment de toute autre exception dans la charte-partie, n'excusent pas le propriétaire de navire en cas de perte due à la violation de la garantie de bon état de navigabilité. Cela, si tant est qu'il faille un précédent, est clairement formulé par la Cour d'appel dans l'affaire *The Galileo* [1914] P. 9, et je ne vois aucune raison d'atténuer cette conclusion par ce que j'ai pu trouver dans la décision rendue par la Chambre des Lords dans la même affaire, [1915] A.C. 199.

Le jugé dans l'affaire *Galileo*, [1914] P. 9 est le suivant:

[TRADUCTION] que les défendeurs étaient tenus d'indemniser les demandeurs pour la perte qu'ils avaient subie par suite de l'engloutissement du chaland à cause d'un mauvais état de navigabilité, la question étant une question d'interprétation du connaissement direct, et que

¹ 41 Ll. L. Rep. 262, [1932] 1 K.B. 490.

that of a breach of the fundamental obligation of the shipowner in respect of seaworthiness.

If the insurer had wanted to go beyond this, it could have included in its insurance contract the stipulation it wished to see inserted in all contracts of carriage, as it did in para. (b) of the aforementioned clause. However, that is not the case, and the insurer's liability must be decided in the light of the agreement contained in the policy.

For all these reasons I would concur in the conclusion of the Court of Appeal, and affirm the award made against appellant, the whole with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Chauvin & Dion, Montreal.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Langlois, Drouin & Laflamme, Quebec.

les mots «au risque de l'expéditeur» se rapportaient à d'autres risques que celui d'une violation de l'obligation fondamentale du propriétaire de navire relativement à la navigabilité.

Si l'assureur avait voulu aller plus loin, il aurait pu imposer dans son contrat d'assurance la stipulation qu'il désirait voir insérer dans tous les contrats de transports, ainsi qu'il l'a fait dans l'al. (b) de la clause précitée. Toutefois, tel n'est pas le cas et l'obligation de l'assureur doit être décidée à la lumière de la convention que l'on retrouve dans la police.

Pour toutes ces raisons, je conclurais comme la Cour d'appel et confirmerais la condamnation de l'appelante, le tout avec dépens.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs de la défenderesse, appelante: Chauvin & Dion, Montréal.

Procureurs du demandeur, intimé: Langlois, Drouin & Laflamme, Québec.

Benjamin George Ginter, Tartan Brewery Ltd. and B & Z Transport Ltd. (*Defendants*)
Appellants;

and

Oldfield, Kirby & Gardner Real Estate Ltd.
(*Plaintiff*) *Respondent*.

1974: December 12, 13; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Agency—Commission—Claim by real estate agent against purchaser of building—Contradiction on fact—Trial judge accepting defence evidence—Defendant instructing plaintiff to make offer—Offer rejected—Action for commission dismissed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹ allowing an appeal from a judgment of Solomon J. Appeal allowed.

G. T. Haig, Q.C., and *R. A. Simpson*, for the defendants, appellants.

C. R. Huband and *D. Marv*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

JUDSON J.—Oldfield, Kirby & Gardner Real Estate Ltd., a real estate company engaged in business in the City of Winnipeg, sued Benjamin George Ginter, Tartan Brewery Ltd., and B & Z Transport Ltd., for a commission which it claimed to have earned as Ginter's agent on his purchase of a building in Transcona, Manitoba, in which he established a brewery. The action was dismissed at trial. This judgment was reversed on appeal and the commission awarded to the plaintiffs. The dissenting judge in the Court of Appeal agreed in full with the reasons delivered at trial and would have dismissed the appeal.

¹ (1972), 4 N.R. 485.

Benjamin George Ginter, Tartan Brewery Ltd. et B & Z Transport Ltd. (*Défendeurs*)
Appellants;

et

Oldfield, Kirby & Gardner Real Estate Ltd.
(*Demanderesse*) *Intimée*.

1974: les 12 et 13 décembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Mandat — Commission — Action en recouvrement intentée par un courtier immobilier contre l'acheteur d'un immeuble—Contradiction quant aux faits—Le juge de première instance accepte la preuve apportée par la défense—Défendeur chargeant la demanderesse de faire une offre—Offre refusée—Action en recouvrement d'une commission rejetée.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Solomon. Pourvoi accueilli.

G. T. Haig, c.r. et *R. A. Simpson*, pour les défendeurs, appellants.

C. R. Huband et *D. Marv*, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE JUDSON—Oldfield, Kirby & Gardner Real Estate Ltd., une compagnie immobilière exerçant des affaires en la ville de Winnipeg, a intenté une action contre Benjamin George Ginter, Tartan Brewery Ltd. et B & Z Transport Ltd. en recouvrement d'une commission qu'elle prétend avoir méritée en tant que représentante de Ginter lors de l'achat par ce dernier d'un immeuble situé à Transcona (Manitoba), et dans lequel il a installé une brasserie. L'action a été rejetée en première instance. Ce jugement a été infirmé en appel et la commission a été accordée à la demanderesse. Le juge dissident en Cour d'appel a souscrit en entier aux motifs du tribunal de première instance et aurait rejeté l'appel.

¹ (1972), 4 N.R. 485.

This is a case where there was serious contradiction on fact between the stand taken by the plaintiff and that of the defendants. There is a thorough analysis of this evidence in the judgment at trial and there is no question that on matters of fact and credibility, the trial judge accepted the evidence of the defence. The matter is summarized in the concluding paragraph of the dissenting reasons delivered in the Court of Appeal, as follows:

Many other points might be cited. Suffice it to say that the learned trial Judge came to the conclusion, as I do, that the only time the plaintiff could have acted on Ginter's behalf so as to make him liable to pay the plaintiff a commission was when he instructed the plaintiff by telephone to make an offer, which was not accepted. Further, Solomon, J., who is a Judge of great experience saw and heard the witnesses and made findings of fact and implied findings of credibility, which I am not prepared to disturb.

I would allow the appeal and dismiss the action with costs throughout for the reasons given at trial and in the dissenting opinion of the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the defendants, appellants: D'Arcy & Deacon, Winnipeg.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Richardson & Co., Winnipeg.

Il s'agit d'une affaire où existent de sérieuses contradictions quant aux faits entre la position adoptée par la demanderesse et celle des défendeurs. Le jugement de première instance présente une analyse complète de cette preuve et il est évident que sur les questions de faits et de crédibilité, le juge de première instance a accepté la preuve apportée par la défense. Le point en litige est ainsi résumé dans le dernier paragraphe des motifs de la dissidence prononcés en Cour d'appel:

[TRADUCTION] On pourrait faire état de plusieurs autres points. Il suffit de dire que le savant juge de première instance a conclu, tout comme moi présentement, que la seule fois où la demanderesse aurait pu représenter Ginter, obligeant ainsi ce dernier à lui payer une commission, a été à l'époque où il a chargé la demanderesse de faire une offre qui fut refusée. De plus, le juge Solomon, un juge de grande expérience, a vu et entendu les témoins, et je crois qu'il n'y a pas lieu de modifier ses conclusions sur les questions de faits et de crédibilité.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action avec dépens dans toutes les cours pour les motifs exprimés en première instance et dans la dissidence en Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des défendeurs, appelants: D'Arcy & Deacon, Winnipeg.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Richardson & Co., Winnipeg.

C. Vanderlaan and E. Sentes (*Defendants*)
Appellants;

and

Edinburgh Developments Ltd. and Cascade Builders Ltd. (*Plaintiffs*) *Respondents.*

1975: January 30, 31; 1975: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Appeal—Supreme Court Act empowering highest Court of final resort in province to give leave to appeal to Supreme Court from final judgment—Leave to appeal given in respect of judgment affirming granting of interlocutory injunction—Not a final judgment—Court lacking jurisdiction to grant leave—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 2(1), 38.

Appeal—Supreme Court Act empowering Supreme Court to grant leave to appeal from final or other judgment of highest Court of final resort in province—Interlocutory matter—Leave to appeal refused—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41.

Application for leave to appeal from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, affirming a judgment granting an interlocutory injunction. Application dismissed.

M. R. McBain, Q.C., and M. D. McGown, for the defendants, appellants.

W. B. Gill, Q.C., and G. R. Meurin, for the plaintiffs, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appeal in this case, from the judgment of the Alberta Appellate Division, Prowse J.A. dissenting, is brought here by virtue of leave given by that Court under s. 38 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19. That section empowers the highest Court of final

¹ [1974] 3 W.W.R. 481, 43 D.L.R. (3d) 354.

C. Vanderlaan et E. Sentes (*Défendeurs*)
Appellants;

et

Edinburgh Developments Ltd. et Cascade Builders Ltd. (*Demandereses*) *Intimées.*

1975: les 30 et 31 janvier; 1975: le 31 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Ritchie, Spence, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Pourvoi—Loi sur la Cour suprême donnant à la plus haute cour de dernier ressort en une province le pouvoir d'accorder l'autorisation d'interjeter un pourvoi à la Cour suprême dans le cas d'un jugement définitif—Autorisation d'interjeter un pourvoi donnée à l'égard d'un arrêt qui confirmait une injonction interlocutoire—Il ne s'agit pas d'un jugement définitif—La Cour n'avait pas juridiction pour accorder l'autorisation—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 2(1) et 38.

Pourvoi—Loi sur la Cour suprême donnant à cette Cour le pouvoir d'accorder l'autorisation d'interjeter un pourvoi à l'égard de tout jugement définitif ou autre de la plus haute cour de dernier ressort dans une province—Jugement interlocutoire—Autorisation d'interjeter un pourvoi est refusée - Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 41.

Requête pour l'autorisation d'interjeter un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta¹, qui a confirmé un jugement accordant une injonction interlocutoire. Requête rejetée.

M. R. McBain, c.r., et M. D. McGown, pour les défendeurs, appellants.

W. B. Gill, c.r., et G. R. Meurin, pour les demandereses, intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi, à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel d'Alberta, où le juge d'appel Prowse a été dissident, est interjeté conformément à une autorisation accordée par ladite Cour en vertu de l'art. 38 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19. Cet

¹ [1974] 3 W.W.R. 481, 43 D.L.R. (3d) 354.

resort in a province to give leave to appeal to this Court only from a final judgment, albeit that the provincial appellate Court be of opinion that the question involved is one that ought to be submitted to the Supreme Court of Canada for decision. The judgment of the Alberta Appellate Division from which it gave leave to appeal was a judgment affirming the granting of an interlocutory injunction against picketing at a certain construction site. That is not a final judgment within the definition in s. 2(1) of the *Supreme Court Act*, and hence there was no jurisdiction in the Alberta Appellate Division to grant leave.

The appellants now seek leave to appeal pursuant to s. 41 of the *Supreme Court Act* which so far as material here, empowers this Court to grant such leave from "any final or other judgment of the highest Court of final resort in a province . . .". The fact that important questions of law are in issue (and this Court does not pass here on the correctness or otherwise of the rulings thereon) is not in itself sufficient to persuade the Court in this case that leave to appeal should be granted in an interlocutory matter.

Leave to appeal is accordingly refused. There will be no order as to costs.

Application dismissed.

Solicitors for the defendants, appellants: Barron, McBain, Green & Park, Calgary.

Solicitors for the plaintiffs, respondents: Gill, Cook, Calgary.

article donne à la plus haute cour de dernier ressort en une province le pouvoir d'accorder l'autorisation d'interjeter un pourvoi à cette Cour dans le seul cas d'un jugement définitif; la cour d'appel provinciale ne peut donner l'autorisation dans aucun cas, même s'il s'agit d'une question qu'elle aimerait voir soumise à la Cour suprême du Canada. En l'occurrence, l'arrêt de la Division d'appel d'Alberta confirmait une injonction interlocutoire interdisant le piquetage sur un chantier de construction. Il ne s'agissait pas d'un jugement définitif selon la définition que donne de cette expression le par. (1) de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour suprême*. Par conséquent, la Division d'appel d'Alberta n'avait pas juridiction pour accorder l'autorisation.

Les appelants demandent maintenant l'autorisation d'interjeter un pourvoi en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui donne à cette cour le pouvoir d'accorder une telle autorisation à l'égard de «tout jugement définitif ou autre de la plus haute cour de dernier ressort dans une province . . . ». Le fait que d'importantes questions de droit soient en litige (et cette Cour ne se prononce pas en l'espèce sur le bien-fondé des décisions rendues sur ces questions) ne suffit pas en soi à convaincre la cour dans ce cas-ci qu'il y a lieu d'autoriser un pourvoi touchant un jugement interlocutoire.

L'autorisation d'interjeter un pourvoi est donc refusée. Il n'y a pas d'adjudication de dépens.

Requête rejetée.

Procureurs des défendeurs appelants: Barron, McBain, Green & Park, Calgary.

Procureurs des demanderesses, intimées: Gill, Cook, Calgary.

Noranda Exploration Co. Ltd. and Noranda Mines Co. (Defendants) Appellants;

and

Harold Sigurdson (Plaintiff) Respondent.

1974: November 28, 29; 1975: January 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Mechanic's liens—Contracts abandoned by bankrupt contractor—Cost to complete exceeding contract prices less amounts paid on account—Owner holding back more than required statutory holdback—Responsibility of owner to lien claimants—Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, ss. 6, 19(2), 21(1) and (6).

A general contractor, B, entered into two contracts for the construction of certain improvements to the mine property of the appellant N. The contracts were abandoned before completion and B went into bankruptcy. In order to complete the improvements, N hired C to take the place of B as general contractor. At the date of abandonment, N had held back from B more than the required statutory holdback of 15 per cent of the value of the work done by B, its subcontractors and materialmen. Claims of lien were assigned by the subcontractors and materialmen to the respondent herein.

The parties asked the Courts below to determine the following question of law: "Is [N] responsible to the lien claimants for more than 15% of the value of the work done by [B], its subcontractors and materialmen, where the cost to [N] to complete as aforesaid exceeded the sum of the contract prices less amounts paid to [B] on account?"

The question was answered by the trial judge in the negative but his decision was reversed on appeal. The decision of the Court of Appeal was that s. 19(2) of the *Mechanics' Lien Act*, R.S.B.C. 1960, c. 238, must be considered together with s. 6 and that the resulting effect was to create a fund composed of the unpaid balance owed by the owner to the bankrupt head contractor at the date of the bankruptcy and that to such fund the liens of the subcontractors would attach preventing any deduction from such fund by the owner to

Noranda Exploration Co. Ltd. et Noranda Mines Co. (Défenderesse) Appelantes;

et

Harold Sigurdson (Demandeur) Intimé.

1974: les 28 et 29 novembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence et Pigeon.

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

Privilèges de constructeur—Contrats abandonnés par l'entrepreneur en faillite—Coût pour compléter les travaux dépassant le prix des contrats diminué des montants payés en acompte—Somme retenue par le propriétaire supérieure à la retenue légale obligatoire—Responsabilité du propriétaire envers les réclamants de privilèges—Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, art. 6, 19(2), 21(1) et (6).

Un entrepreneur général, B, a conclu deux contrats pour construire certaines améliorations à la mine dont l'appelante N était propriétaire. Les contrats ont été abandonnés avant la fin des travaux et B est tombé en faillite. Afin de compléter les améliorations, N a retenu les services de C pour remplacer B comme entrepreneur général. A l'époque de l'abandon, N avait retenu de B plus que la retenue légale obligatoire de 15 pour cent sur la valeur des travaux faits par B, les sous-traitants et les fournisseurs de matériaux. Les privilèges de constructeur des sous-traitants et des fournisseurs de matériaux ont été cédés à l'intimé en l'espèce.

Les parties ont demandé aux tribunaux d'instance inférieure de trancher la question de droit suivante: «[N] est-elle responsable envers les réclamants de privilèges pour plus de 15% de la valeur des travaux faits par [B], ses sous-traitants et fournisseurs de matériaux, quand il en a coûté à [N] pour compléter les travaux tels que susdit, plus que le prix des contrats diminué des montants payés en acompte à [B]?»

Le juge de première instance a répondu négativement à la question mais sa décision a été infirmée en appel. Selon la Cour d'appel, le par. (2) de l'art. 19 du *Mechanics' Lien Act*, R.S.B.C. 1960, c. 238, doit être considéré avec l'art. 6 et l'effet résultant a été de créer un fonds constitué du solde impayé dû par le propriétaire à l'entrepreneur général failli à la date de la faillite et un tel fonds est grevé des privilèges des sous-traitants de façon à empêcher le propriétaire d'effectuer une déduction sur ce fonds aux fins de couvrir les coûts

cover the costs of completion of the contract. From that decision N appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The interpretation of s. 19(2) advanced by the appellant, *i.e.* that the provision was intended to prevent the owner making deductions for items not arising under the terms of the contract but outside the terms of the contract and did not apply when the owner was obliged to furnish material and labour to complete a contract abandoned by the head contractor, is the only method by which that section can be reconciled with the general principle stated in s. 6: that the owner's liability is limited to "the sum payable by the owner to the contractor".

To give s. 19(2) the broader interpretation resulting from the decision of the Court of Appeal is to render s. 21(6) redundant. If a lien covers all amounts unpaid by the owner to the head contractor at the date of abandonment of the contract by the latter then there would be no need to make a special provision preventing the application of the percentage required to be retained by the owner under the provisions of s. 21(1) by that owner or contractor for the completion of the contract or any other propose.

Accordingly, s. 19(2) does not bar N from deducting from the amounts payable upon the bankruptcy the cost of completion of the contract.

Canadian Comstock Co. Ltd. v. Toronto Transit Commission et al., [1970] S.C.R. 205, followed; *S.I. Guttman Ltd. v. James D. Mokry et al.*, [1969] 1 O.R. 7, approved; *Freedman v. Guaranty Trust Co. of Canada* (1929), 64 O.L.R. 200; *Appleby v. Myers* (1867), L.R. 2 C.P. 651; *Hazel v. Lund* (1915), 9 W.W.R. 749; *Smith v. Stubbart*, [1942] 1 W.W.R. 601; *Hampton v. Christensen* (1906), 84 P. 200; *Builders Supply Depot v. O'Connor* (1907), 88 P. 932, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, allowing an appeal from a judgment of Harvey Co.Ct.J. Appeal allowed.

R. C. Bray and *R. G. Ward*, for the defendants, appellants.

D. B. Kirkham, for the plaintiff, respondent.

¹ [1974] 4 W.W.R. 641, 45 D.L.R. (3d) 573.

d'achèvement du contrat. N a interjeté appel de cette décision devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

L'interprétation du par. (2) de l'art. 19 soumise par l'appelante, c.-à-d. que la disposition était destinée à empêcher le propriétaire de faire des déductions pour des éléments intervenant non pas à l'intérieur mais à l'extérieur du contrat et ne s'appliquait pas quand le propriétaire était obligé de fournir les matériaux et la main-d'œuvre pour achever un contrat abandonné par l'entrepreneur général, est la seule méthode permettant de concilier cet article avec le principe général énoncé à l'art. 6: à savoir que la responsabilité du propriétaire est limitée «à la somme payable par le propriétaire à l'entrepreneur».

Donner au par. (2) de l'art. 19 l'interprétation plus large résultant de la décision de la Cour d'appel équivaut à rendre le par. (6) de l'art. 21 redondant. Si un privilège couvre tous les montants qui n'ont pas été payés par le propriétaire à l'entrepreneur général à la date de l'abandon des travaux par ce dernier, alors il n'y aurait pas lieu d'édicter une disposition spéciale empêchant le propriétaire ou l'entrepreneur d'affecter à l'achèvement du contrat ou à toute autre fin le pourcentage qui doit être retenu par le propriétaire sous le régime des dispositions du par. (1) de l'art. 21.

Par conséquent, le par. (2) de l'art. 19 n'empêche pas N de déduire des montants payables lors de la faillite le coût d'achèvement du contrat.

Arrêt suivi: *Canadian Comstock Co. Ltd. c. Toronto Transit Commission et al.*, [1970] R.S.C. 205. Arrêt approuvé: *S.I. Guttman Ltd. v. James D. Mokry et al.*, [1969] 1 O.R. 7. Arrêts mentionnés: *Freedman v. Guaranty Trust Co. of Canada* (1929), 64 O.L.R. 200; *Appleby v. Myers* (1867), L.R. 2 C.P. 651; *Hazel v. Lund* (1915), 9 W.W.R. 749; *Smith v. Stubbart*, [1942] 1. W.W.R. 601; *Hampton v. Christensen* (1906), 84 P. 200; *Builders Supply Depot v. O'Connor* (1907), 88 P. 932.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ accueillant un appel d'un jugement du juge Harvey. Pourvoi accueilli.

R. C. Bray et *R. G. Ward*, pour les défenderesses, appelantes.

D. B. Kirkham, pour le demandeur, intimé.

¹ [1974] 4 W.W.R. 641, 45 D.L.R. (3d) 573.

THE CHIEF JUSTICE—I agree with my brother Spence that this appeal should be allowed. In my opinion, s. 19(2) of the *Mechanics' Lien Act*, R.S.B.C. 1960, c. 238, is far less susceptible of the meaning and application that the respondent would give it on the facts herein than is s. 12(2) of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1960, c. 233 (now s. 13 of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267), and the failure of the subcontractors in the *Comstock* case² makes their failure here a *fortiori*.

The judgment of Martland, Ritchie, Spence and Pigeon JJ. was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for British Columbia pronounced on April 11, 1974. By that judgment, the said Court of Appeal allowed an appeal from the judgment of His Honour Judge Harvey pronounced on July 30, 1973, dismissing the action of Harold Sigurdson.

The matter came before the learned County Court judge in the form of a special case upon an admitted statement of facts which statement of facts was as follows:

1. The parties have agreed to stating a question of law arising in this case in the form of a Special Case for the opinion of the Court pursuant to Marginal Rule 389 of the Supreme Court Rules.
2. The Plaintiff agrees that if the question of law is decided against him, then such decision will be determinative of the action and the Defendants will be entitled to a dismissal.
3. It is agreed that either party may appeal the decision of the Learned Trial Judge on the Special Case to the Supreme Court of Canada. If the question of law is ultimately determined in favour of the Plaintiff, then the action will be continued before the Learned Trial Judge.
4. The amount or value of the matter in controversy herein exceeds \$10,000.00.
5. Basarab Construction Co. Ltd., in bankruptcy, (hereinafter referred to as "Basarab") was the general contractor on the subject project, however, no relief is claimed by the Plaintiff against Basarab and Basarab has no interest in these proceedings and has not entered

² [1970] S.C.R. 205.

LE JUGE EN CHEF—Je suis d'accord avec mon collègue M. le juge Spence qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi. A mon avis, le par. (2) de l'art. 19 du *Mechanics' Lien Act*, R.S.B.C. 1960, c. 238, s'accommode beaucoup moins du sens et de l'application que lui attribuerait l'intimé d'après les faits de l'espèce que le par. (2) de l'art. 12 du *Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1960, c. 233 (maintenant l'art. 13 du *Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267), et s'il y a eu défaut des sous-traitants dans l'affaire *Comstock*² à plus forte raison en l'espèce.

Le jugement des juges Martland, Ritchie, Spence et Pigeon a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique prononcé le 11 avril 1974. L'arrêt a infirmé un jugement de débouté rendu le 30 juillet 1973 par Son Honneur le juge Harvey, qui a rejeté la demande introduite par Harold Sigurdson.

L'affaire est venue devant le savant juge de la cour de comté sous forme de cause spéciale soumise sur exposé de faits convenus, exposé qui se lit comme suit:

- [TRADUCTION] 1. Les parties ont convenu de présenter, sous forme de cause spéciale soumise à l'avis de la Cour en conformité avec la règle marginale 389 des règles de la Cour suprême, une question de droit qui se pose en l'espèce.
2. Le demandeur convient qu'un jugement rendu contre lui sur la question de droit aura pour effet de régler le sort de la demande et que les défenderesses auront alors droit au rejet.
 3. Il est convenu qu'il sera loisible à une partie d'en appeler à la Cour suprême du Canada de la décision du savant juge de première instance sur la cause spéciale. Si la question de droit est finalement décidée en faveur du demandeur, alors la demande sera continuée devant le savant juge de première instance.
 4. Le montant ou la valeur de la matière en litige en l'espèce dépasse \$10,000.
 5. Basarab Construction Co. Ltd., en faillite, (ci-après appelée «Basarab») était l'entrepreneur général du projet en cause; cependant, le demandeur ne réclame aucune mesure contre Basarab et Basarab n'a aucun intérêt

² [1970] R.C.S. 205.

an Appearance. The Plaintiff is the Trustee in bankruptcy of Basarab.

6. The property against which the Plaintiff seeks to enforce its liens is described in Paragraph 5 of the Statement of Claim. The mining property in question is recorded in the name of the Defendant, Noranda Exploration Company Limited, and is held in trust for the Defendant, Noranda Mines Ltd. ("Noranda"), the beneficial owner thereof.

7. On April 8th, 1971, Noranda entered into a construction agreement whereby Basarab as head contractor was to do certain work on the foundations of several structures which Noranda wished to have constructed at a mine on the above-described property. On July 15th, 1971, Basarab entered into a second construction agreement as head contractor, with Noranda, to do certain other work on the foundations of additional structures on the mine site.

8. The parties admit that at least some of the liens are valid and in order, and that this Honourable Court has jurisdiction to hear the issues herein.

9. Basarab went into bankruptcy during the performance of the above-mentioned contracts, (which will be entered as exhibits on the hearing of this Special Case) and it is agreed that Basarab abandoned the contracts, and never completed them. On October 25th, 1971 Noranda wrote two letters to Basarab (copies of which will be entered in these proceedings).

10. It is further agreed that at the time of Basarab's aforesaid abandonment, it has done and caused to be done work on the aforesaid improvements, and that Noranda, the owner, had held back from Basarab, more than the required statutory holdback of 15% of the value of the work done by Basarab, its sub-contractors and material men. The aforesaid sub-contractors and material men are the Mechanics' Lien claimants who assigned their claim to the Plaintiff herein as set out in Paragraph 4 thereof.

11. The cost to Noranda to complete the improvements in question after the aforesaid abandonment, exceeded the sum of the aforesaid contract prices less the amounts paid to Basarab on account.

12. The question of law that the parties ask this Honourable Court to determine is:

(1) Is Noranda responsible to the Lien claimants for more than 15% of the value of the work done by Basarab, its sub-contractors and material men, where

dans le présent litige et n'a pas comparu. Le demandeur est le syndic de la faillite de Basarab.

6. La propriété contre laquelle le demandeur veut réaliser ses privilèges est décrite au paragraphe 5 de l'exposé de la demande. La propriété minière en question est enregistrée au nom de la défenderesse Noranda Exploration Company Limited, et elle est détenue en fiducie pour le compte de la défenderesse Noranda Mines Ltd. («Noranda»), qui est la bénéficiaire du droit de propriété.

7. Le 8 avril 1971, Noranda a conclu un contrat de construction en vertu duquel Basarab, en tant qu'entrepreneur général, devait faire certains travaux sur les fondations de plusieurs constructions que Noranda voulait ériger sur une mine dans la propriété ci-dessus décrite. Le 15 juillet 1971, Basarab a conclu un second contrat de construction à titre d'entrepreneur général, toujours avec Noranda, pour l'exécution de certains travaux sur les fondations d'autres constructions à ériger à l'emplacement minier.

8. Les parties reconnaissent qu'au moins un certain nombre des privilèges sont valides et en règle, et que cette honorable Cour a compétence pour connaître des questions soulevées en l'instance.

9. Basarab est tombée en faillite durant l'exécution des contrats précités, (qui seront produits comme pièce à l'audition de la cause spéciale) et il est convenu que Basarab a abandonné les contrats et ne les a jamais complétés. Le 25 octobre 1971, Noranda a écrit deux lettres à Basarab (dont des copies seront produites dans les procédures en cours).

10. Il est en outre convenu qu'à l'époque de l'abandon susdit par Basarab, celle-ci avait fait et fait faire des travaux sur les améliorations susdites, et que Noranda, la propriétaire, avait retenu, des sommes à verser à Basarab, un montant supérieur à la retenue légale obligatoire de 15% de la valeur des travaux faits par Basarab, les sous-traitants et les fournisseurs de matériaux. Les sous-traitants et fournisseurs susdits sont les réclameurs de privilèges de constructeur qui ont cédé leur réclamation au demandeur tel qu'exposé au paragraphe 4 en l'instance.

11. Ce qu'il en a coûté à Noranda pour compléter les améliorations en question après l'abandon susdit, a dépassé le prix des contrats susdits diminué des montants payés en acompte à Basarab.

12. La question de droit que les parties demandent à cette honorable Cour de trancher est la suivante:

(1) Noranda est-elle responsable envers les réclameurs de privilèges pour plus que 15% de la valeur des travaux faits par Basarab et les sous-traitants et

the cost to Noranda to complete as aforesaid exceeded the sum of the contract prices less amounts paid by Basarab on account.

“D. B. Kirkham”

Counsel for the Plaintiff

“R. C. Bray”

Counsel for the Defendants

fournisseurs de Basarab, quand il en a coûté à Noranda, pour compléter les travaux tel que susdit, plus que le prix des contrats diminué des montants payés en acompte à Basarab?

«D. B. Kirkham»

avocat du demandeur

«R. C. Bray»

avocat des défenderesses

SUPPLEMENTARY STATEMENT OF ADMITTED FACTS

1. At all material times, Noranda complied with the provisions of Section 21(1) of the Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238.

2. In order to complete the improvements in question after the abandonment of Basarab, Noranda hired Commonwealth Construction Co. Ltd., “Commonwealth”, an independent contractor, to take the place of Basarab as head contractor. There was no contractual relationship between Noranda and Commonwealth relative to the said improvements prior to Basarab's said abandonment.

“D. B. Kirkham”

Counsel for the Plaintiff

“R. C. Bray”

Counsel for the Defendants

The question put was answered by the learned trial judge in the negative but his decision was reversed in the Court of Appeal for British Columbia.

In *Canadian Comstock Co. Ltd. v. Toronto Transit Commission et al.*³, this Court was faced with the same problem on facts remarkably similar in an appeal from the Court of Appeal for Ontario. The Court of Appeal for Ontario had held that the owner, the Toronto Transit Commission, was entitled to deduct from the amount which had been owing to the head contractor at the date of the latter's bankruptcy not only the statutory holdback but also such amounts as were necessary to complete the contract, and that only the balance after such completion costs was available to the subcontractor's lien claims. This Court dismissed the appeal and Mr. Justice Judson, at p. 210, having

³ [1970] S.C.R. 205.

EXPOSÉ DE FAITS CONVENUS SUPPLÉMENTAIRE

1. A toutes les époques pertinentes, Noranda a observé les dispositions du par. (1) de l'art. 21 du Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238.

2. Afin de compléter les améliorations en question après l'abandon de Basarab, Noranda a retenu les services de Commonwealth Construction Co Ltd., «Commonwealth», un entrepreneur indépendant, pour remplacer Basarab comme entrepreneur général. Il n'y a eu aucun lien contractuel entre Noranda et Commonwealth relativement auxdites améliorations avant ledit abandon de Basarab.

«D. B. Kirkham»

avocat du demandeur

«R. C. Bray»

avocat des défenderesses

Le savant juge de première instance a répondu négativement à la question posée mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Dans *Canadian Comstock Co. Ltd. c. Toronto Transit Commission et al.*³, cette Cour a été saisie de la même question à partir de faits remarquablement semblables dans un pourvoi interjeté depuis la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario avait statué que la propriétaire Toronto Transit Commission avait le droit de déduire du montant qui avait été dû à l'entrepreneur général à la date de la faillite de ce dernier non seulement la retenue légale mais aussi tous les montants nécessaires à l'achèvement du contrat, et que seulement le solde restant après ces coûts d'achèvement pouvait alors être réclamé en privilège par le sous-traitant. Cette Cour a rejeté le

³ [1970] R.C.S. 205.

cited *S. I. Guttman Ltd. v. James D. Mokry et al.*⁴, where precisely the same point of law was at issue, expressed himself as content with the majority reasons delivered by the Court of Appeal for Ontario in that case and adopted them. In the Court of Appeal for Ontario in the *Guttman* case, the Court considered the effect of s. 12(2) of *The Mechanics' Lien Act* of Ontario which provided:

(2) Every subcontractor is entitled to enforce his lien notwithstanding the non-completion or abandonment of the contract by any contractor or subcontractor under whom he claims.

and adopted the interpretation of that section which had been given many years previously by Masten J. A. in *Freedman v. Guaranty Trust Co. of Canada*⁵, that is, that the purpose of the amendment wrought by that section was simply to abrogate the legal obstacle which had been created by the principle enunciated in *Appleby v. Myers*⁶. There it had been held that where a contractor engaged to do a work or supply materials for a specific sum to be paid on completion of the whole work he was not entitled to recover anything until the whole work was completed.

The Court of Appeal therefore considered that such a provision could not result in the creation of a fund upon which the subcontractors could exercise a lien excluding the right of the owner to deduct from the amount which was payable to the estate of the bankrupt head contractor the costs of completion of the original contract. Masten J.A. had enunciated at p. 205 that "The general purpose of our Mechanics' Lien Act being to protect the claims of those who supply work and materials so long as the owner is not prejudiced . . .". That view of general purpose was adopted by Schroeder J.A. in *Guttman* and, as I have said, Judson J. in this Court in *Comstock* approved *Guttman*.

pourvoi et M. le juge Judson, à la p. 210, ayant cité l'arrêt *S. I. Guttman Ltd. v. James D. Mokry et al.*⁴, où précisément le même point de droit était en cause, s'est dit satisfait des motifs majoritaires qu'avait rédigés la Cour d'appel de l'Ontario dans cet arrêt-là et les a fait siens. En Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Guttman*, la Cour d'appel s'est penchée sur l'effet du par. (2) de l'art. 12 du *Mechanics' Lien Act* de l'Ontario, qui prévoyait ceci.

[TRADUCTION] (2) Tout sous-traitant a le droit d'exercer son privilège nonobstant la non-exécution ou l'abandon du contrat par un entrepreneur ou sous-traitant à l'encontre duquel il réclame.

et elle a adopté l'interprétation qu'avait donnée à cette disposition M. le juge d'appel Masten nombre d'années auparavant dans *Freedman v. Guaranty Trust Co. of Canada*⁵, soit, que le but de la modification apportée par cette disposition était simplement d'abroger l'obstacle juridique qu'avait créé le principe énoncé dans l'arrêt *Appleby v. Myers*⁶, où l'on avait statué que lorsqu'un entrepreneur était retenu pour faire des travaux ou fournir des matériaux moyennant une somme forfaitaire payable à l'achèvement complet, il ne pouvait recouvrer quoi que ce soit avant la fin de tous les travaux.

La Cour d'appel a donc considéré qu'une telle disposition ne pouvait avoir pour résultat de créer un fonds sur lequel les sous-traitants pouvaient exercer un privilège excluant le droit du propriétaire de déduire du montant payable à l'actif de l'entrepreneur général failli les frais d'achèvement du contrat primitif. Le juge d'appel Masten avait énoncé à la p. 205 que [TRADUCTION] «le but général de notre Mechanics' Lien Act étant de protéger les recours de ceux qui fournissent du travail et des matériaux tant et aussi longtemps que le propriétaire n'est pas lésé . . .». Cette façon de voir le but général a été adoptée par le juge d'appel Schroeder dans l'arrêt *Guttman* et, comme je l'ai dit, le juge Judson en cette Cour a approuvé l'arrêt *Guttman* dans l'affaire *Comstock*.

⁴ [1969] 1 O.R. 7.

⁵ (1929), 64 O.L.R. 200.

⁶ (1867), L.R. 2 C.P. 651.

⁴ [1969] 1 O.R. 7.

⁵ (1929), 64 O.L.R. 200.

⁶ (1867), L.R. 2 C.P. 651.

Such a statement of the general purpose may be contrasted with the pronouncement of Carrothers J.A. giving the judgment for the Court of Appeal for British Columbia upon the present appeal when the learned justice on appeal said:

In my view, mechanics' lien statutes were not intended to protect owners but to protect and give remedies to potential lien claimants and that consequently s. 21 was not intended to provide minimum liability on the part of owners but minimum availability of contract moneys to the lien claimants. In reading ss. 6, 19(2) and 21 together, the interpolation in 1956 of s. 21 cannot be construed as limiting the effect of the prohibition contained in s. 19 (2).

It is, I suggest, apparent that Carrothers J.A. has omitted from his statement of purpose the words used by Masten J.A. in *Freedman*, "so long as the owner is not prejudiced".

I am of the view that the mechanics' lien statutes enacted in the various provinces of Canada have always contained this protection of the owner as well as protection of the labourer and materialmen, and that that protection appears in the present British Columbia *Mechanics' Lien Act*, being R.S.B.C. 1960, c. 238, s. 6:

6. With the exception of liens in favour of workmen for not more than six weeks' wages, no lien attaches so as to make the owner liable for a greater sum than the sum payable by the owner to the contractor, but this section shall not be construed to apply to liens under section 15.

Section 19 of the same statute provides:

19. (1) No assignment by the contractor or sub-contractor of any moneys due in respect of the contract is valid as against any lien or trust created by this Act.

(2) As to all liens, except that of the contractor, the whole contract price is payable in money, and shall not be diminished by any prior or subsequent indebtedness,

On peut faire contraster un tel énoncé du but général avec les propos du juge d'appel Carrothers dans le jugement que celui-ci a rendu au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire présentement devant nous:

[TRADUCTION] C'est mon avis que la législation relative au privilège de constructeur n'a pas pour but de protéger les propriétaires mais de protéger et juridiquement armer ceux qui pourront réclamer des privilèges, et qu'en conséquence l'art. 21 n'a pas pour but de prévoir une responsabilité minimale des propriétaires mais de garantir aux réclamants de privilèges une disponibilité minimum des sommes payables en vertu des contrats. Lorsqu'on lit ensemble les art. 6, 19(2) et 21, l'intercalation, en 1956, de l'art. 21 ne peut être interprétée comme limitant l'effet de la prohibition contenue au par. (2) de l'art. 19.

Il est, j'ose dire, apparent que le juge d'appel Carrothers a omis dans son énoncé du but les mots employés par le juge d'appel Masten dans l'arrêt *Freedman*, «tant et aussi longtemps que le propriétaire n'est pas lésé».

Je suis d'avis que la législation relative au privilège de constructeur édictée dans les diverses provinces du Canada a toujours protégé le propriétaire comme elle protège celui qui travaille ou qui fournit les matériaux, et que cette protection est présente dans l'actuel *Mechanics' Lien Act* de la Colombie-Britannique, soit dans l'art. 6 du c. 238 des R.S.B.C. 1960:

[TRADUCTION] 6. A l'exception des privilèges en faveur des ouvriers pour un maximum de six semaines de salaire, aucun privilège n'intervient de façon à rendre le propriétaire responsable pour une somme plus élevée que la somme payable par le propriétaire à l'entrepreneur, mais le présent article ne doit pas être interprété comme applicable aux privilèges de l'article 15.

L'article 19 de la même loi édicte:

[TRADUCTION] 19. (1) A l'encontre d'un privilège ou d'une fiducie créé par la présente loi, un entrepreneur ou sous traitant ne peut valablement céder des sommes dues relativement au contrat.

(2) Pour tous les privilèges sauf celui de l'entrepreneur, le prix du contrat est intégralement, payable en espèces, et ne peut être diminué par des dettes, compen-

set-off, or counterclaim in favour of the owner against the contractor.

It is the contention of the respondent here and it was the decision of the Court of Appeal for British Columbia that subs. (2) of that s. 19 must be considered together with s. 6 of the *Mechanics' Lien Act* and that the resulting effect was to create a fund composed of the unpaid balance owed by the owner to the bankrupt head contractor at the date of the bankruptcy and that to such fund the liens of the subcontractors would attach preventing any deduction from such fund by the owner to cover the costs of completion of the contract.

Section 19(2) of the *Mechanics' Lien Act* has, in British Columbia, a very long history. It appeared in the statute in 1891 and has been present in varying terms ever since. It also existed in statutes of the other provinces in Western Canada. From time to time, legislatures of those other provinces adopted the holdback provisions which now appear in s. 21 of the British Columbia statute, and at the time of such adoption or shortly thereafter such legislatures dropped from the provisions of the *Mechanics' Lien Acts* of the provinces in question the counterpart of British Columbia's s. 19(2). However, when the Province of British Columbia enacted the holdback provisions, now s. 21 of the *Mechanics' Lien Act*, it left in effect s. 19 (2) of its statute.

The question therefore is whether in the light of this legislative history there is in British Columbia not only the specific lien against the 15 per cent holdback fund wrought by the exact terms of s. 21(6) of the British Columbia statute but also a general lien upon any excess of amounts due at the date of the bankruptcy over the amount of the holdback preventing the deduction of the owner's costs of completion. The counterpart of s. 19(2) of the British Columbia statute did not appear in the Ontario *Mechanics' Lien Act* and therefore its effect was not considered by the Court of Appeal for Ontario in *Guttman* or by this Court in *Comstock*. The exact point has never been decided in any of the decisions of the Courts of Appeal of the provinces where a provision of the type of s. 19(2)

sations ou recours reconventionnels antérieurs ou subséquent, dont pourrait se prévaloir le propriétaire à l'encontre de l'entrepreneur.

L'intimé en cette Cour dit, à l'instar de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la décision qu'elle a rendue, que le par. (2) de cet art. 19 doit être considéré avec l'art. 6 du *Mechanics' Lien Act* et que l'effet résultant a été de créer un fonds constituée du solde impayé dû par le propriétaire à l'entrepreneur général failli à la date de la faillite et qu'un tel fonds est grevé des privilèges des sous-traitants de façon à empêcher le propriétaire d'effectuer une déduction sur ce fonds aux fins de couvrir les coûts d'achèvement du contrat.

L'article 19, par. (2) du *Mechanics' Lien Act* a, en Colombie-Britannique, une très longue histoire. Il est apparu dans la loi en 1891 et a subsisté sous différentes formes depuis ce temps-là. Il a également figuré dans des lois des autres provinces de l'Ouest canadien. A des époques diverses, les législatures de ces autres provinces ont adopté les dispositions de retenue qui figurent maintenant à l'art. 21 de la loi de la Colombie-Britannique, et aux moments où elles l'ont fait, ou peu de temps après, elles ont laissé tomber du texte de leur *Mechanics' Lien Act* respectif le pendant du par. (2) de l'art. 19 du texte de la Colombie-Britannique. Cependant, quand la province de Colombie-Britannique a édicté les dispositions de retenue, maintenant l'art. 21 du *Mechanics' Lien Act*, elle a laissé en vigueur le par. (2) de l'art. 19 de sa loi.

La question est donc de savoir si à la lumière de cette histoire législative il existe en Colombie-Britannique non seulement le privilège spécifique grevant le fonds de retenue de 15 pour cent constitué par les termes précis de l'art. 21, par. (6), de la loi de la Colombie-Britannique mais également un privilège général contre tout excédent de montants dûs à la date de la faillite sur le montant de la retenue empêchant la déduction des coûts d'achèvement du propriétaire. Le pendant de l'art. 19, par. (2), de la loi de la Colombie-Britannique n'a pas figuré dans le *Mechanics' Lien Act* de l'Ontario et par conséquent son effet n'a pas été considéré par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Guttman* ou par cette Cour dans l'arrêt *Comstock*. Le point précis n'a jamais été décidé dans les

of the British Columbia statute has been in effect, although there have been many decisions which might be considered to have touched upon the subject but which I do not find it necessary to analyze here.

In *Hazel v. Lund*⁷, the trial court judge held in favour of the owner on two grounds; firstly, that school properties were not subject to liens and, alternatively, that the balance due on the contract price had been mostly expended in completion of the project after the head contractor abandoned it. In the Court of Appeal, four judges divided equally: two of the judges holding that the school property was not subject to liens and not dealing with the issue as to costs of completion; the Chief Justice confirmed the trial judge on both issues, and the fourth judge concurred with the Chief Justice. Because of the even split, the appeal was dismissed.

In *Smith v. Stubbert*⁸, O'Halloran J. A., giving the judgment for the majority of the Court, said at p. 607:

Hazel v. Lund (1915), 9 W.W.R. 749, 22 B.C.R. 264, 32 W.L.R. 818, dismissed on an equal division of this court, in so far as it may be said to point to any *ratio decidendi*, is readily distinguishable. The sub-contractors' liens were there recognized but in the special circumstances mentioned by Macdonald, C. J. A. at p. 753, that, under the agreement between the owner and the contractor, the former became in effect the contractor's agent to complete the contract. That did not occur in the case now under review.

Neither does it appear in the present case where the actual completion of the contract was carried out under a separate contract with "Commonwealth", an independent contractor.

A type of statutory provision similar to s. 19(2) of the British Columbia *Mechanics' Lien Act* has been considered in two cases in the Supreme Court

⁷ (1915), 9 W.W.R. 749.

⁸ [1942] 1 W.W.R. 601 (B.C.C.A.).

arrêts des cours d'appel des provinces où une disposition du type de l'art. 19, par. (2) de la loi de la Colombie-Britannique a été en vigueur, bien qu'il y ait eu nombre de décisions gravitant autour du sujet que je ne trouve toutefois pas nécessaire d'analyser ici.

Dans *Hazel v. Lund*⁷, le juge de première instance a décidé en faveur du propriétaire sur deux motifs: premièrement, que des propriétés scolaires ne pouvaient être assujetties à des privilèges et, subsidiairement, que le solde dû sur le prix du contrat avait été en majeure partie dépensé pour l'achèvement du projet après l'abandon de l'entrepreneur général. En Cour d'appel, quatre juges se sont divisés également: deux juges décidant que la propriété scolaire ne pouvait être assujettie à des privilèges et laissant de côté la question relative au coût d'achèvement; le juge en chef a confirmé le juge de première instance sur les deux questions, et le quatrième juge a souscrit à l'avis du juge en chef. A cause du partage égal, l'appel a été rejeté.

Dans *Smith v. Stubbert*⁸, le juge d'appel O'Halloran, en rendant l'arrêt au nom de la majorité de la Cour, a dit à la p. 607:

[TRADUCTION] *Hazel v. Lund* (1915), 9 W.W.R. 749, 22 B.C.R. 264, 32 W.L.R. 818, rejeté sur partage égal en cette Cour, peut facilement faire l'objet d'une distinction dans la mesure où l'on peut dire qu'il fait ressortir une *ratio decidendi*. Les privilèges des sous-traitants y ont été reconnus mais dans les circonstances spéciales qu'a mentionnées le juge en chef MacDonald de la Cour d'appel à la p. 753, selon lesquelles d'après lui en vertu de l'accord intervenu entre le propriétaire et l'entrepreneur, le propriétaire est devenu en définitive le mandataire de l'entrepreneur pour l'achèvement du contrat. Cela ne s'est pas produit dans l'affaire dont nous sommes maintenant saisis.

Cela ne s'est pas produit non plus dans la présente cause, dans laquelle l'achèvement du contrat a été exécuté en vertu d'un contrat séparé avec «Commonwealth», un entrepreneur indépendant.

Deux arrêts de la Cour suprême de Californie ont examiné un type de disposition semblable à l'art. 19, par. (2), du *Mechanics' Lien Act* de

⁷ (1915), 9 W.W.R. 749.

⁸ [1942] 1 W.W.R. 601 (C. d'app. C.-B.).

of California: *Hampton et al. v. Christensen et al.*⁹ and *Builders Supply Depot et al. v. O'Connor et al.*¹⁰ In both of those cases, the learned judges came to the conclusion that the statutory provision was intended to prevent the owner making deductions for items not arising under the terms of the contract but outside the terms of the contract and did not apply when the owner was obliged to furnish material and labour to complete a contract abandoned by the head contractor. It is this interpretation of s. 19(2) which is advanced by the appellant in the present case. I am of the opinion that such an interpretation of s. 19(2) is the only method by which that section can be reconciled with the general principle stated in s. 6 of the British Columbia Act: that the owner's liability is limited to "the sum payable by the owner to the contractor".

To give s. 19(2) of the British Columbia *Mechanics' Lien Act* the broader interpretation resulting from the decision of the Court of Appeal for British Columbia in the present appeal is to render s. 21(6) of that statute redundant. If a lien covers all amounts unpaid by the owner to the head contractor at the date of the abandonment of the contract by the latter then there would be no need to make a special provision preventing the application of the percentage required to be retained by the owner under the provisions of s. 21(1) by that owner or contractor for the completion of the contract or any other purpose. On the other hand, the narrower interpretation of s. 19(2) of the *Mechanics' Lien Act* does leave a field in which that provision may operate efficiently.

There may be other accounts as between the owner and the head contractor which would be affected by such a provision as s. 19(2) of the British Columbia Act: the owner might be entitled to set-off or part of the contract price might have been payable by the owner to the head contractor by means of conveyance of other property to the head contractor. Such a provision would be nulli-

Colombie-Britannique: *Hampton et al. v. Christensen et al.*⁹ et *Builders Supply Depot et al. v. O'Connor et al.*¹⁰ Dans ces arrêts, les savants juges en sont venus à la conclusion que la disposition légale était destinée à empêcher le propriétaire de faire des déductions pour des éléments intervenant non pas à l'intérieur mais à l'extérieur du contrat et ne s'appliquait pas quand le propriétaire était obligé de fournir les matériaux et la main-d'œuvre pour achever un contrat abandonné par l'entrepreneur général. C'est cette interprétation de l'art. 19, par. (2), qu'avance l'appelante en l'espèce. Je suis d'avis qu'une telle interprétation de l'art. 19, par. (2), est la seule méthode permettant de réconcilier cet article avec le principe général énoncé à l'art. 6 de la loi de la Colombie-Britannique: à savoir que la responsabilité du propriétaire est limitée à «la somme payable par le propriétaire à l'entrepreneur».

Donner à l'art. 19, par. (2), du *Mechanics' Lien Act* de la Colombie-Britannique l'interprétation plus large résultant de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce, équivaut à rendre l'art. 21, par. (6), de cette loi-là redondant. Si un privilège couvre tous les montants qui n'ont pas été payés par le propriétaire à l'entrepreneur général à la date de l'abandon des travaux par ce dernier, alors il n'y aurait pas lieu d'édicter une disposition spéciale empêchant le propriétaire ou l'entrepreneur d'affecter à l'achèvement du contrat ou à toute autre fin le pourcentage qui doit être retenu par le propriétaire sous le régime des dispositions de l'art. 21, par. (1). Par contre, l'interprétation plus étroite de l'art. 19, par. (2), du *Mechanics' Lien Act* laisse une marge dans laquelle cette disposition peut efficacement s'appliquer.

Il peut y avoir d'autres comptes entre propriétaire et entrepreneur général qui seraient touchés par une disposition comme l'art. 19, par. (2), de la loi de la Colombie-Britannique: le propriétaire pourrait avoir droit à compensation ou une partie du prix du contrat pourrait avoir été payable par le propriétaire à l'entrepreneur général au moyen d'un transfert d'autres biens à l'entrepreneur géné-

⁹ (1906), 84 P. 200.

¹⁰ (1907), 88 P. 932.

⁹ (1906), 84 P. 200.

¹⁰ (1907), 88 P. 932.

fied by the words of s. 19(2) requiring "that the whole contract price is payable in money". The owner might well be in the business of manufacturing material which material, under the contract, he might supply to the head contractor at a stated price. Again, the words of s. 19(2) would prevent such a transaction affecting subcontractors' liens. Contractors ordinarily enter into many building contracts and frequently enter into more than one building contract with the same owner. There is always the possibility, and, in fact, probability, under those circumstances of counter-accounts and adjustments coming up between such owners and such head contractors. The effect of s. 19(2) is to eliminate all such adjusting items except those concerned with the very contract in question.

Therefore, the narrow construction of s. 19(2) is not such a one as to render the provision useless. It is to be noted that s. 19(2), by its words, creates no new cause of action in favour of lien claimants and that such cause of action was created only by s. 21.

It also is to be noted that in s. 19 there is no express exception to the general provision of s. 6 enunciated, while in s. 21, where an express lien on an exact fund is created, the provision commences with the words "Notwithstanding section 6 . . .". Had the British Columbia Legislature in 1956, at the time of the enactment of the holdback provision, intended to retain a general lien to the exclusion of completion costs in s. 19, then that section could have been amended to insert therein the same words as those used at the beginning of s. 6. Surely its decision to retain s. 19 in the statute without the insertion of such words justifies the interpretation that the Legislature intended no such general lien to be created by s. 19(2).

I am also influenced by the words of s. 19(2) that the holdback price "shall not be diminished by any prior or subsequent indebtedness, set-off, or counterclaim". I agree that the words "prior" or

ral. Une telle stipulation serait réduite à néant par les termes de l'art. 19, par. (2), exigeant «que le prix du contrat soit intégralement payable en espèces». Le propriétaire pourrait bien être engagé dans la fabrication de matériaux qu'en vertu du contrat il pourrait fournir à l'entrepreneur général à un prix stipulé. Là encore, les termes de l'art. 19, par. (2), empêcheraient qu'un tel marché porte atteinte aux privilèges des sous-traitants. Les entrepreneurs concluent ordinairement nombre de contrats de construction et il leur est fréquent de conclure plus qu'un seul contrat de construction avec le même propriétaire. Il y a toujours la possibilité, et, en fait, la probabilité, que dans de telles circonstances ces propriétaires et entrepreneurs généraux aient réciproquement des comptes à compenser et des rajustements à opérer. L'effet de l'art. 19, par. (2), est d'éliminer tous semblables articles de rajustement sauf ceux qui concernent le contrat même qui est en cause.

Par conséquent, l'interprétation étroite de l'art. 19, par. (2), n'est pas une interprétation qui rend la disposition inutile. Il est à noter que l'art. 19, par. (2), par ses termes, ne crée aucune nouvelle cause d'action en faveur des réclamants de privilèges et qu'une telle cause d'action a été créée seulement par l'art. 21.

Il est également à noter que dans l'art. 19 on n'énonce aucune exception expresse à la disposition générale de l'art. 6, alors que dans l'art. 21, où est créé un privilège exprès sur un fonds exact, la disposition commence par les mots «nonobstant l'article 6 . . .». Si en 1956, à l'époque où a été édictée la disposition de retenue, la législature de la Colombie-Britannique avait voulu garder un privilège général à l'exclusion des coûts d'achèvement dans l'art. 19, alors on aurait pu modifier cet article en y insérant les mêmes termes que ceux qui sont utilisés au début de l'art. 6. A coup sûr, sa décision de garder l'art. 19 dans la loi sans y insérer de tels termes justifie l'interprétation selon laquelle la législature n'a pas voulu qu'un tel privilège général soit créé par l'art. 19, par. (2).

Je suis également influencé par les termes de l'art. 19, par. (2), selon lesquels le prix retenu «ne peut être diminué par des dettes, compensations ou recours reconventionnels antérieurs ou subsé-

“subsequent” are words referring to time and I therefore am of the opinion that they might well point to transactions which are extraneous to the contract under consideration, and particularly to the situation of an owner and a subcontractor making a variety of contracts in reference to a variety of purposes of construction in places which may be widely separated. I am also of the opinion that it is difficult to bring the cost of completion within the words “indebtedness, set-off, or counterclaim”. Certainly “set-off” has a definite meaning of an extraneous transaction. I realize that Judson J. in the *Comstock* case at p. 207 stated, “The Commission is asserting a right of set-off . . .”, but, in my view, the word “set-off” was there used in a general and not in exact legal sense to describe a claim for a deduction. “Indebtedness” would not have any application because the indebtedness in the present case was from Noranda to Commonwealth. In the present case, the parties, by art. 41 of their contract, provided, in part, “If the unpaid balance of the contract price shall exceed the expense of finishing the work . . . such excess shall be paid to the contractor. If such expense shall exceed such unpaid balance, the contractor shall pay the difference to the owner”. I agree with the view of the learned trial judge that “counterclaim” does not appropriately describe the right to make a deduction under that provision.

I, therefore, have come to the conclusion that s. 19(2) of the British Columbia statute does not bar the owner from deducting from the amounts payable upon the bankruptcy the cost of completion of the contract and that the section is no more efficient to that end than was s. 12(2) of the Ontario statute considered in the *Guttman* case which decision was approved, as I have said, by this Court in the *Comstock* case.

I would, therefore, allow this appeal. The parties before this Court agreed that if the appeal were allowed then the action should be dismissed and I

quents». Je suis d'accord que les mots «antérieurs» ou «subséquents» sont des mots qui se réfèrent au temps et je suis par conséquent d'avis qu'ils pourraient bien viser des marchés qui sont étrangers au contrat sous examen, et particulièrement des situations où un propriétaire et un sous-traitant concluent divers contrats relativement à divers projets de construction dans des endroits qui peuvent être assez éloignés. Je suis aussi d'avis qu'il est difficile de voir comment les termes «dettes, compensations ou recours reconventionnels» peuvent comprendre le coût d'achèvement. A coup sûr, «compensations» recèle clairement l'acception d'un marché étranger. Je sais que M. le juge Judson dans l'arrêt *Comstock* à la p. 207 a dit, «La Commission prétend avoir droit à la compensation . . .», mais, à mon avis, c'est dans un sens général et non pas dans un sens strictement juridique que le mot «compensation» a été employé là pour décrire une demande de déduction. «Dettes» ne peut avoir d'application parce que la dette en l'espèce était de Noranda à Commonwealth. Dans l'espèce présente, les parties, par l'art. 41 de leur contrat, ont prévu, en partie, que (traduction) «si le solde impayé du prix du contrat excède ce qu'il en coûte pour terminer le travail . . . l'excédent sera payé à l'entrepreneur. Si ce qu'il en coûte pour exécuter le travail excède le solde impayé, l'entrepreneur paiera la différence au propriétaire». Je suis du même avis que le savant juge de première instance, selon lequel «recours reconventionnel» ne décrit pas convenablement le droit d'opérer une déduction en vertu de cette disposition-là.

Par conséquent, j'en suis venu à la conclusion que l'art. 19, par. (2), de la loi de la Colombie-Britannique n'empêche pas le propriétaire de déduire des montants payables lors de la faillite le coût d'achèvement du contrat et que l'article n'a pas plus d'application semblable que n'en avait l'art. 12, par. (2), de la loi ontarienne étudiée dans la décision *Guttman*, une décision qui, comme je l'ai dit, a été approuvée par cette Cour dans l'arrêt *Comstock*.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi. Les parties devant cette Cour ont convenu que si le pourvoi était accueilli l'action devrait être rejetée

would so order. The appellants are entitled to their costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the defendants, appellants: Bouck, Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Owen, Bird & Co., Vancouver.

et je statuerais ainsi. Les appelantes ont droit à leurs dépens dans toutes les Cours.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs des défenderesses, appelantes: Bouck, Edwards, Kenny et Bray, Vancouver.

Procureurs du demandeur, intimé: Owen, Bird & Co., Vancouver.

Canadian Indemnity Company (*Third Party*)
Appellant;

and

Walkem Machinery & Equipment Ltd.
(*Defendant*) *Respondent*;

and

Straits Towing Limited and Straits Barge Limited (*Plaintiffs*);

and

Washington Iron Works and Yarrows Limited (*Defendants*).

1974: February 21, 22; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance—Comprehensive business liability policy—Collapse of crane—Accident within meaning of policy—Unlooked for mishap or occurrence—Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 197, s. 100.

In an action arising as a result of the collapse, on September 16, 1966, of one of two pintle cranes erected on a barge, the plaintiffs succeeded against the defendants, Walkem and Washington, on a finding "that the omission of Walkem and Washington to warn the plaintiffs, and the act of returning the vessel to them in a state of inadequate repair, was a breach of the clear duty which both defendants had to the plaintiffs in the circumstances of this case". In third party proceedings instituted by Walkem against the appellant Canadian Indemnity, the latter, which had issued to Walkem a "Comprehensive Business Liability Policy" covering the period from March 10, 1963, to March 10, 1966, was condemned to indemnify Walkem against the losses incurred by it arising out of the main action. The trial judge held that the mishap was an "accident" "originating during the policy period" within the meaning of the policy. The trial judgment was affirmed on appeal and the insurer then appealed to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellant's contention, first raised in this Court, that Walkem's negligence was criminal and public

Canadian Indemnity Company (*Mise en cause*) *Appelante*;

et

Walkem Machinery & Equipment Ltd.
(*Défenderesse*) *Intimée*;

et

Straits Towing Limited et Straits Barge Limited (*Demanderesse*);

et

Washington Iron Works et Yarrows Limited (*Défenderesses*).

1974: les 21 et 22 février; 1975: le 28 janvier.

Présents: Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz.

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

Assurance—Police d'assurance générale de responsabilité d'entreprise commerciale—Effondrement d'une grue—Accident au sens de la police—Sinistre ou événement inattendu—Insurance Act, S.R.C.-B. 1960, c. 197, art. 100.

Dans une action résultant de l'effondrement, le 16 septembre 1966, de l'une des deux grues à pivot installées sur un chaland, les demanderesse ont obtenu gain de cause contre les défenderesses Walkem et Washington, pour le motif «que l'omission de Walkem et Washington d'avertir la demanderesse, et le fait de retourner le navire sans l'avoir réparé adéquatement constituait une violation de l'obligation manifeste qu'avaient, en l'espèce, les deux défenderesses envers les demanderesse». En des procédures de mise en cause intentées par Walkem contre l'appelante Canadian Indemnity, cette dernière, qui avait émis à Walkem une «Police d'assurance générale de responsabilité d'entreprise commerciale» pour une durée du 10 mars 1963 au 10 mars 1966, a été condamnée à indemniser Walkem des sommes payées dans l'action principale. Le juge de première instance a décidé qu'il s'agissait d'un «accident» «qui avait son origine pendant la durée de l'assurance» au sens de la police. La Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance et l'assureur a interjeté appel devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

La prétention de l'appelante soulevée pour la première fois en cette Cour, que la négligence de Walkem était de

policy obliged the Courts to deny it recovery failed as well as the submission, contrary to the clear terms of the policy, that the mishap giving rise to the claim was not within the coverage because it occurred on September 16, 1966, and the policy expired March 10, 1966.

As held by both Courts below, the collapse of the crane was an "accident" within the meaning of the policy. The damages sustained by Walkem were due to an "accident" in the sense of "an unlooked for mishap or occurrence" which occurred during the policy period and which was attributable to Walkem's negligence.

Home Insurance Co. v. Lindal and Beattie, [1934] S.C.R. 33, distinguished; *North Western Salt Co. Ltd. v. Electrolytic Alkali Co. Ltd.*, [1914] A.C. 461; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *R. v. Fane Robinson Ltd.* (1941), 76 C.C.C. 196, referred to; *Marshall Wells of Canada Ltd. v. Winnipeg Supply and Fuel Co.* (1964), 49 W.W.R. 664, disapproved; *Fenton v. Thorley & Co. Ltd.*, [1903] A.C. 443; *Clover, Clayton & Co. Ltd. v. Hughes*, [1910] A.C. 242, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia dismissing an appeal from a judgment of Macfarlane J. Appeal dismissed.

H. T. Wheeldon and W. M. Holburn, for the third party, appellants.

W. A. Esson and B. R. Henderson, for the defendant, respondent.

MARTLAND J.—I agree with the conclusion reached by the Courts below, and by my brother Pigeon that the collapse of the crane was an "accident" within the meaning of the policy. I agree with his reasons for rejecting the other submissions made on behalf of the appellants.

I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Judson, Spence, Pigeon, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal from the judgment of the British Columbia Court of Appeal¹

¹ [1973] 5 W.W.R. 212.

nature criminelle et que l'ordre public imposait aux tribunaux l'obligation de lui refuser tout recouvrement n'a pas été retenue, pas plus que la prétention, contraire aux dispositions formelles de la police, que le sinistre qui a donné naissance à la réclamation n'est pas couvert par la police parce qu'il est survenu le 16 septembre 1966 alors que la police a pris fin le 10 mars 1966.

Comme l'ont décidé les tribunaux d'instance inférieure, l'effondrement de la grue était un accident au sens de la police. Les dommages subis par Walkem ont été causés par un «accident» interprété comme «un sinistre ou un événement inattendu» qui est survenu durant la période d'assurance et qui résulte de la négligence de Walkem.

Distinction faite avec l'arrêt: *Home Insurance Co. c. Lindal and Beattie*, [1934] R.C.S. 33. Arrêts mentionnés: *North Western Salt Co. Ltd. v. Electrolytic Alkali Co. Ltd.*, [1914] A.C. 461; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *R. v. Fane Robinson Ltd.* (1941), 76 C.C.C. 196; *Fenton v. Thorley & Co. Ltd.*, [1903] A.C. 443; *Clover, Clayton & Co. Ltd. v. Hughes*, [1910] A.C. 242. Arrêt désapprouvé: *Marshall Wells of Canada Ltd. v. Winnipeg Supply and Fuel Co.* (1964), 49 W.W.R. 664.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetant un appel d'un jugement du juge Macfarlane. Pourvoi rejeté.

H. T. Wheeldon et W. M. Holburn, pour la mise en cause, appelante.

W. A. Esson et B. R. Henderson, pour la défenderesse, intimée.

LE JUGE MARTLAND—Je souscris à la conclusion des cours d'instance inférieure et de mon collègue M. le juge Pigeon que l'effondrement de la grue a été un «accident» selon le sens de la police. Je suis d'accord avec les motifs de celui-ci pour rejeter les autres prétentions soumises par l'appelante.

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Le jugement des juges Judson, Spence, Pigeon, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, confirmant le jugement du juge

¹ [1973] 5 W.W.R. 212.

affirming the judgment of Macfarlane J.² whereby, on third party proceedings, the appellant (Canadian Indemnity) was condemned to indemnify the respondent (Walkem) against the losses incurred by it arising out of the action instituted by Straits Towing Limited and Straits Barge Limited against Washington Iron Works (Washington), Walkem and Yarrows Limited.

The principal action was instituted as a result of the collapse, on September 16, 1966, of one of the two pintle cranes supplied by Washington and erected on the "Straits Logger", a self-unloading barge designed for transporting logs. Yarrows was the builder of the barge and the plaintiffs acknowledged during argument in trial Court that they could not succeed against it because of the limitation of liability clause in its contract. Accordingly, the claim against it was dismissed by the trial judge. The plaintiffs succeeded against the other two defendants on a finding "that the omission of Walkem and Washington to warn the plaintiffs, and the act of returning the vessel to them in a state of inadequate repair, was a breach of the clear duty which both defendants had to the plaintiffs in the circumstances of this case".

The damages were assessed on the same basis as Ruttan J. subsequently assessed them in the case of a similar barge, the "Rivtow Carrier", which had to be laid up for repairs immediately after September 16, 1966, in order to avoid what had occurred on the "Straits Logger". By that judgment³ reversed on appeal⁴ and restored in this Court⁵, the recovery was limited to the loss suffered over what it would have been if a timely warning had been given. In the present case, Macfarlane J. noted in his reasons for judgment on the principal action, that the plaintiffs had conceded that there should be a deduction made from the special damages in the amount which it would have cost to have the cranes repaired if a timely

Macfarlane² par lequel, sur des procédures de mise en cause, l'appelante (Canadian Indemnity) a été condamnée à indemniser l'intimée (Walkem) des pertes découlant de l'action intentée par Straits Towing Limited et Straits Barge Limited contre Washington Iron Works (Washington), Walkem et Yarrows Limited.

L'action principale a été intentée à la suite de l'effondrement, le 16 septembre 1966, de l'une des deux grues à pivot que Washington avait fournies et installées sur le «Straits Logger», un chaland autodéchargeur servant au transport du bois. Yarrows avait construit le chaland et les demandereses ont admis durant les plaidoiries en première instance qu'elles ne pouvaient obtenir gain de cause contre elle en raison de la clause de limitation de responsabilité stipulée au contrat. Par conséquent, la demande contre elle a été rejetée par le juge de première instance. Les demandereses ont obtenu gain de cause contre les deux défenderesses pour le motif [TRADUCTION] «que l'omission de Walkem et Washington d'avertir les demandereses, et le fait de leur retourner le navire sans l'avoir réparé adéquatement constituaient une violation de l'obligation manifeste qu'avaient, en l'espèce, les deux défenderesses envers les demandereses».

Les dommages-intérêts ont été évalués selon le même critère qu'a utilisé subséquemment le juge Ruttan dans une affaire relative à un chaland semblable, le «Rivtow Carrier», que l'on avait dû retirer du service pour y faire des réparations immédiatement après le 16 septembre 1966, afin d'éviter ce qui s'était produit sur le «Straits Logger». En vertu de ce jugement³ infirmé en appel⁴ et rétabli par cette Cour⁵, le montant alloué a été limité à la perte subie au-delà de ce qu'aurait été cette perte si un avertissement avait été donné au moment opportun. En l'espèce, le juge Macfarlane a fait observer dans ses motifs de jugement sur l'action principale, que les demandereses avaient admis qu'il fallait déduire des dommages

² (1970), 74 W.W.R. 228.

³ (1970), 74 W.W.R. 110.

⁴ [1972] 3 W.W.R. 735.

⁵ [1974] S.C.R. 1189.

² (1970), 74 W.W.R. 228.

³ (1970), 74 W.W.R. 110.

⁴ [1972] 3 W.W.R. 735.

⁵ [1974] R.C.S. 1189.

warning had been given, and he made a similar deduction in estimating the loss of profits.

The judgment with which we are concerned on this appeal was subsequently rendered in the third party proceedings instituted by Walkem against Canadian Indemnity. Macfarlane J. noted that Canadian Indemnity had issued to Walkem a "COMPREHENSIVE BUSINESS LIABILITY POLICY" covering the period from March 10, 1963, to March 10, 1966, that in February 1966 Walkem, in concert with Washington, had performed certain repairs to the "Straits Logger" cranes and that he had found them both negligent as above stated, apportioning 25 per cent of the liability against Walkem. He added that he had described the latter's negligence by saying that "Walkem knew of the dangerous condition of the crane, but nevertheless pawned off on an unsuspecting customer an inadequately and negligently repaired piece of equipment."

The trial judge after quoting relevant clauses of the policy held that the mishap was an "accident" "originating during the policy period" within the meaning of the document. Accordingly, he ordered that Walkem be indemnified from the condemnation "excluding only that part of the damages not covered because of certain exclusionary clauses in the contract which counsel have indicated they may wish to argue after this aspect of the matter has been determined".

As previously noted, this judgment was affirmed on appeal. Reasons for the Court were written by Robertson J.A. in which all relevant clauses of the policy are quoted. After a review of many authorities, the conclusion that the damages were due to an "accident" "originating during the policy period" was affirmed.

At the outset of the argument in this Court, counsel for Canadian Indemnity raised a new

spéciaux le montant qu'auraient coûté les réparations des grues si elles avaient été effectuées à la suite d'un avertissement donné au moment opportun, et il a procédé à une déduction semblable en calculant la perte de revenus.

Le jugement dont il est ici question a été rendu subséquemment en des procédures de mise en cause intentées par Walkem contre Canadian Indemnity. Le juge Macfarlane a mentionné que Canadian Indemnity avait émis à Walkem une «POLICE D'ASSURANCE GÉNÉRALE DE RESPONSABILITÉ D'ENTREPRISE COMMERCIALE» pour une durée du 10 mars 1963 au 10 mars 1966, qu'en février 1966, Walkem, de concert avec Washington, avait effectué certaines réparations aux grues du «Straits Logger» et qu'il avait conclu que toutes deux avaient été négligentes, comme mentionné ci-dessus, attribuant 25 pour cent de la responsabilité à Walkem. Il a ajouté qu'il avait décrit la négligence de celle-ci en mentionnant que [TRADUCTION] «Walkem connaissait la condition dangereuse de la grue, mais malgré cela, elle a refilé à un client qui ne se doutait de rien une pièce d'outillage réparée de façon inadéquate et négligente».

Après avoir cité les clauses pertinentes de la police, le juge de première instance a décidé qu'il s'agissait d'un «accident» [TRADUCTION] «qui avait son origine pendant la durée de l'assurance» au sens de la police. Il a par conséquent ordonné que Walkem soit indemnisée de la condamnation [TRADUCTION] «en excluant seulement cette partie des dommages qui n'est pas couverte en raison de certaines clauses d'exclusion du contrat, clauses que les avocats ont mentionné vouloir peut-être débattre une fois cet aspect de la question décidé».

Comme je l'ai signalé ci-dessus, la Cour d'appel a confirmé ce jugement. Les motifs de la Cour ont été rédigés par le juge d'appel Robertson et toutes les clauses pertinentes de la police y sont citées. Après une étude d'un bon nombre de précédents, il a confirmé la conclusion que les dommages étaient dus à «un accident» [TRADUCTION] «qui avait son origine pendant la durée de l'assurance».

Au début des plaidoiries devant cette Cour, l'avocat de Canadian Indemnity a soulevé un nou-

ground of defence not taken in the Courts below. He contended that Walkem's negligence was criminal and public policy obliged the Courts to deny it recovery. This submission was based essentially on the judgment of this Court in *Home Insurance Co. v. Lindal and Beattie*⁶. In that case, a motorist who had been driving in a state of intoxication was denied recovery from his insurer. However, it should be noted that this Court did not disagree with the rule stated by the House of Lords in *North Western Salt Co., Ltd. v. Electrolytic Alkali Co., Ltd.*⁷ that this ground avails only when the illegality of the transaction is fully established. It proceeded on the basis that the proof made at the trial was sufficient to justify the Court in passing upon the act as being illegal. It was stated that the trial judge had held that, at the time of the accident, Beattie was driving his car while in an intoxicated condition to such extent that he was unable to drive with safety. Thus, the basis of the judgment was that a finding supported by evidence did establish the commission of a crime. There is nothing like that in the present case. The only finding is one of negligence in a civil case. This supplies no basis for holding that it was criminal negligence. As Judson J. said in *O'Grady v. Sparling*⁸, at p. 808:

"It is a difference in kind and not merely one of degree."

Furthermore, consideration would have to be given to the fact that Walkem is an incorporated company. In civil proceedings, it is answerable for the negligence of its servants on the basis of *respondeat superior* but this is not the rule for criminal responsibility. In the absence of special provisions such as those considered in *Tesco Supermarkets v. Natrass*⁹, a corporation is party to an offence only when the act is brought home to

veau moyen de défense qui n'avait pas été invoqué devant les tribunaux d'instance inférieure. Il a prétendu que la négligence de Walkem était de nature criminelle et que l'ordre public imposait aux tribunaux l'obligation de lui refuser tout recouvrement. Cette prétention repose essentiellement sur l'arrêt de cette Cour dans *Home Insurance Co. c. Lindal and Beattie*⁶. En cette affaire-là, un automobiliste qui avait conduit un véhicule en état d'ébriété s'est vu refuser le recours contre son assureur. Il faut toutefois signaler que la Cour ne s'y est pas prononcée contre la règle énoncée par la Chambre des Lords dans *North Western Salt Co., Ltd. v. Electrolytic Alkali Co. Ltd.*⁷, que ce motif vaut seulement lorsque l'illégalité de l'acte est entièrement établie. On s'est fondé sur le fait que la preuve présentée au procès était suffisante pour justifier le tribunal de déclarer l'acte illégal. On a dit que le juge de première instance avait statué qu'au moment de l'accident, Beattie conduisait son véhicule dans un état d'ébriété tellement avancé qu'il était incapable de conduire en sécurité. Ainsi, l'arrêt s'est fondé sur une conclusion étayée par la preuve à l'effet qu'un crime avait été commis. Il n'y a rien de semblable en l'espèce. La seule conclusion est celle de négligence dans une affaire civile. Ceci n'implique pas qu'il y a eu négligence criminelle. Comme M. le juge Judson l'a mentionné dans *O'Grady c. Sparling*⁸, à la p. 808:

[TRADUCTION] «C'est une différence de nature et non simplement une différence de degré».

De plus, il faut tenir compte du fait que Walkem est constituée en corporation. En matière civile, elle est responsable de la négligence de ses préposés en vertu de la règle *respondeat superior* mais celle-ci ne s'applique pas en matière de responsabilité pénale. En l'absence de dispositions spéciales comme celles que l'on retrouvait dans l'arrêt *Tesco Supermarkets v. Natrass*⁹, une compagnie n'est partie à une infraction que si celle-ci

⁶ [1934] S.C.R. 33.

⁷ [1914] A.C. 461.

⁸ [1960] S.C.R. 804.

⁹ [1972] A.C. 153.

⁶ [1934] R.C.S. 33.

⁷ [1914] A.C. 461.

⁸ [1960] R.C.S. 804.

⁹ [1972] A.C. 153.

its directing mind (*R. v. Fane Robinson Ltd.*¹⁰), much as a shipowner is deprived of the benefit of limitation of liability only in the case of his "actual fault or privity" (*British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.*¹¹). In the present case, no consideration was ever given to this question and there is no finding that Walkem itself was privy to the negligence of its servants as required to make it criminally responsible for it, assuming it to be criminal.

Accordingly, as counsel was informed at the conclusion of the argument for the appellant, this first ground fails as well as the submission, contrary to the clear terms of the policy, that the mishap giving rise to the claim is not within the coverage because it occurred on September 16, 1966, and the policy expired March 10, 1966. As noted in the Courts below, the wording of clause 10 of the policy, which clause governs recovery herein, covers accidents "originating" during the policy period. Elsewhere reference is made to accidents "occurring" during the policy period. This difference must be deemed intentional and must be given full effect. No reason appears for departing from this clear wording.

Therefore, the only ground remaining to be considered is whether the collapse of the crane was an "accident" within the meaning of the policy. Counsel for the appellant relied heavily on the judgment of the Court of Appeal for Manitoba in *Marshall Wells of Canada Ltd. v. Winnipeg Supply and Fuel Co.; R. Litz & Sons Co. Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*¹² In my view, Macfarlane J. was quite correct in preferring to the views of the majority those expressed by Freedman J.A., dissenting, in these words (at p. 665):

With respect, I am of the view that what occurred here was an accident. One must avoid the danger of

¹⁰ (1941), 76 C.C.C. 196.

¹¹ [1971] S.C.R. 321.

¹² (1964), 49 W.W.R. 664.

s'avère être le fait de sa tête dirigeante (*R. v. Fane Robinson Ltd.*¹⁰), de la même façon qu'un armateur ne perd le bénéfice de la limitation de responsabilité que s'il y a «faute ou complicité réelle» de sa part (*British Columbia Telephone Co. c. Marpole Towing Ltd.*¹¹). En l'espèce, cette question n'a jamais été examinée et il n'y a aucune conclusion que Walkem elle-même ait été complice de la négligence de ses préposés, ce qui serait nécessaire pour la rendre criminellement responsable, dans l'hypothèse où il s'agirait d'une négligence criminelle.

Par conséquent, comme les avocats en ont été avisés à la fin de la plaidoirie de l'appelante, ce premier motif ne peut être retenu de même que la présentation, contraire aux dispositions formelles de la police, que le sinistre qui a donné naissance à la déclaration n'est pas couvert par la police parce qu'il est survenu le 16 septembre 1966 alors que la police a pris fin le 10 mars 1966. Comme on l'a mentionné dans les cours d'instance inférieure, les termes de la clause 10 de la police, laquelle clause régit le recours dont il s'agit ici, visent les accidents [TRADUCTION] «ayant leur origine» pendant la durée de l'assurance. Ailleurs on parle d'accidents [TRADUCTION] «survenant» pendant la durée de l'assurance. On doit considérer cette divergence comme voulue et lui donner plein effet. Il n'y a aucune raison de s'écarter de ce texte clair.

Par conséquent, un seul moyen reste à examiner: L'effondrement de la grue est-il un «accident» au sens de la police? L'avocat de l'appelante s'est fortement appuyé sur l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba dans *Marshall Wells of Canada Ltd. v. Winnipeg Supply and Fuel Co.; R. Litz & Sons Company Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*¹² A mon avis, le juge Macfarlane a eu raison de préférer aux motifs de la majorité ceux énoncés par le juge d'appel Freedman, dissident, de la façon suivante (à la p. 665):

[TRADUCTION] Respectueusement, je suis d'avis que ce qui est survenu en l'espèce est un accident. On doit

¹⁰ (1941), 76 C.C.C. 196.

¹¹ [1971] R.C.S. 321.

¹² (1964), 49 W.W.R. 664.

construing that term as if it were equivalent to "inevitable accident." That a mishap might have been avoided by the exercise of greater care and diligence does not automatically take it out of the range of accident. Expressed another way, "negligence" and "accident" as here used are not mutually exclusive terms. They may co-exist.

Guy J., for the majority, had said (at p. 669):

Halsbury, (vol. 22, 3rd ed.), uses these expressions at p. 294:

"The idea of something haphazard is not, however, necessarily inherent in the word; it covers any unlooked for mishap or an untoward event which is not expected or designed, or any unexpected personal injury resulting from any unlooked for mishap or occurrence. *The test of what is unexpected is whether the ordinary reasonable man would not have expected the occurrence*, it being irrelevant that a person with expert knowledge, for example of medicine, would have regarded it as inevitable."

In the light of the foregoing, I must agree with the learned trial judge that this was not an unanticipated mishap. Indeed, it is difficult to see how Litz, the insured, can argue that it was an accident and not a calculated risk, in view of his continued insistence that in his conversation with Mr. Coad, superintendent of Winnipeg Supply & Fuel Company, he had pointed out vigorously how dangerous it was to leave the tank in the unsupported condition it was.

A great deal of argument was devoted to the finding of the learned trial judge that he believed Coad, as opposed to Litz, in so far as the alleged critical conversation is concerned. But surely whichever one he believed, both of them agreed that leaving this unsupported hot-water tank was dangerous.

With respect, this is a wholly erroneous view of the meaning of the word "accident" in a comprehensive business liability insurance policy. On that basis, the insured would be denied recovery if the occurrence is the result of a calculated risk or of a dangerous operation. Such a construction of the word "accident" is contrary to the very principle of insurance which is to protect against mishaps, risks and dangers. While it is true that the word "accident" is sometimes used to describe unanticipated

éviter le danger d'interpréter ce terme comme s'il était l'équivalent d'«accident inévitable». Qu'un sinistre aurait pu être évité en exerçant plus de diligence et de soin n'a pas pour effet de le retirer automatiquement de la catégorie des accidents. Autrement dit, «négligence» et «accident», tels qu'ils sont employés ici, ne sont pas des termes qui s'excluent mutuellement. Ils peuvent co-exister.

Le juge Guy avait déclaré au nom de la majorité (à la p. 669):

[TRADUCTION] *Halsbury*, (vol. 22, 3^{ème} éd.) s'exprime comme suit à la p. 294:

«L'existence d'un élément de hasard n'est toutefois pas nécessairement inhérent au mot; il s'entend de toute mésaventure inattendue, de tout malheur qui n'est prévu ni recherché ou de toute lésion corporelle imprévue résultant d'une mésaventure ou malchance imprévue. *Le critère de ce qui est imprévu c'est si un homme raisonnable aurait prévu l'événement*, peu importe qu'un expert, par exemple un médecin, aurait pu le considérer inévitable.»

A la lumière de ce qui précède, je dois être d'accord avec l'opinion du juge de première instance qu'il ne s'agit pas d'une mésaventure inattendue. En fait, il est difficile de voir comment Litz, l'assuré, peut soutenir que ce fut un accident et non pas un risque calculé vu qu'il a toujours insisté qu'au cours de sa conversation avec M. Coad, surintendant de Winnipeg Supply & Fuel Company, il a signalé vigoureusement le danger de laisser le réservoir sans appui comme il l'était.

Une bonne partie de la plaidoirie a été consacrée à la conclusion du savant juge de première instance selon laquelle il croyait la version de Coad, plutôt que celle de Litz, en ce qui concerne la conversation décisive. Mais quelle que soit la version acceptée, il est certain que tous deux reconnaissaient le danger de laisser le réservoir d'eau chaude sans appui.

Respectueusement, c'est une interprétation complètement erronée du sens du mot «accident» dans une police d'assurance générale de responsabilité d'entreprise commerciale. Sur cette base-là, l'assuré n'aurait pas de recours si l'événement résulte d'un risque calculé ou d'une opération dangereuse. Une telle interprétation du mot «accident» est contraire au principe même de l'assurance qui est de protéger contre les mésaventures, les risques et les dangers. Même s'il est vrai que le mot «accident»

or unavoidable occurrences, no dictionary need be cited to show that in every day use, the word is applied as Halsbury says in the passage above quoted, to *any unlooked for mishap or occurrence*. That this is the proper test rather than the words italicized by Guy J. is apparent from a reading of the two cases on which that passage is based. These are *Fenton v. Thorley & Co. Ltd.*¹³ and *Clover, Clayton & Co. Ltd. v. Hughes*¹⁴. Both dealt with the meaning of "accident" in the *Workmen's Compensation Act, 1897*. In the first, a workman had ruptured himself by an act of over-exertion; in the second, "... a workman suffering from serious aneurism was employed in tightening a nut by a spanner when he suddenly fell down dead from rupture of the aneurism". In both cases, the injury was held to result from an "accident". It is in the first that Lord Shand said (at p. 451):

If the word "accident" were interpreted in the *Workmen's Compensation Act, 1897*, or were there defined so as to bear a special limited or narrow sense only, it might be necessary to consider and examine the American authorities, which were so fully cited by Mr. Powell in his able argument. But I agree with my noble and learned friend in thinking that the words "personal injury by accident" and "accident" are used in the statute in the popular and ordinary sense of these words. I refrain from referring in detail to the language used in the different parts of the statute, because in so doing I should only be repeating what has already been said.

I shall only add that, concurring as I fully do in holding that the word "accident" in the statute is to be taken in its popular and ordinary sense, I think it denotes or includes any unexpected personal injury resulting to the workman in the course of his employment from any unlooked-for mishap or occurrence.

I find it equally unnecessary in the present case to consider the American cases we were referred to. However, I wish to add that, in construing the word "accident" in this policy, one should bear in mind that negligence is by far the most frequent source of exceptional liability which a businessman has to contend with. Therefore, a policy which

s'emploie parfois pour décrire des événements inattendus ou inévitables, il n'est pas nécessaire de citer de dictionnaire pour démontrer que le mot s'applique couramment, comme le dit Halsbury dans le passage mentionné ci-dessus, à *toute mésaventure ou malchance imprévue*. Que ce soit là le critère applicable plutôt que celui énoncé dans les mots mis en italiques par le juge Guy, ressort de la lecture des deux arrêts sur lesquels ce passage est fondé. Il s'agit de *Fenton v. Thorley & Co. Ltd.*¹³ et *Clover, Clayton & Co. Ltd. v. Hughes*¹⁴. Tous les deux traitent du sens d'"accident" dans le *Workmen's Compensation Act, 1897*. Dans le premier, un ouvrier avait eu une hernie par suite d'un trop grand effort physique; dans le second, [TRADUCTION] «... un ouvrier souffrant d'anévrisme grave était en train de serrer un écrou avec une clef lorsqu'il tomba soudainement mort à la suite d'une rupture de l'anévrisme». Dans les deux cas, on a décidé que le traumatisme résultait d'un «accident». C'est dans le premier arrêt que lord Shand a dit (à la p. 451):

[TRADUCTION] Si dans le *Workmen's Compensation Act, 1897* le mot «accident» était interprété ou défini de façon à n'avoir qu'un sens restreint ou étroit, il pourrait être nécessaire de considérer les précédents américains qui ont été amplement cités par M. Powell dans sa remarquable plaidoirie. Mais je suis d'accord avec mon savant ami que les mots [TRADUCTION] «lésion corporelle par accident» et «accident» sont employés dans la loi au sens populaire et ordinaire. Je m'abstiendrai de mentionner en détail les mots employés dans les différentes parties de la loi parce que je ne ferais que répéter ce qui a déjà été dit.

J'ajouterais seulement que, étant complètement d'accord que le mot «accident» dans la loi doit être pris au sens populaire et ordinaire, je pense que cela comprend toute lésion corporelle imprévue causée à l'ouvrier durant son travail par quelque mésaventure ou malchance imprévue.

Je trouve également qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce d'étudier les arrêts américains qu'on nous a cités. Cependant, je désire ajouter qu'en interprétant le mot «accident» dans cette police, il faut avoir à l'esprit que la négligence est de loin la source la plus fréquente de responsabilité exceptionnelle à laquelle un homme d'affaires doit faire

¹³ [1903] A.C. 443.

¹⁴ [1910] A.C. 242.

¹³ [1903] A.C. 443.

¹⁴ [1910] A.C. 242.

would not cover liability due to negligence could not properly be called "comprehensive". But foreseeability is an essential element of such liability. If calculated risks and dangerous operations are excluded, what is left but some exceptional causes of liability?

I find it unnecessary to consider in the present case whether the approach to the construction of the policy ought to be that which prevailed in *The Canadian Indemnity Co. v. Andrews & George Co. Ltd.*¹⁵ or that which was adopted in *Indemnity Ins. Co. of North America v. Excel Cleaning Service*¹⁶. Neither case dealt with primary coverage. Both were decided on the construction of an exclusion clause. What was said by Rand J. in the first case as to the meaning of the word "accident" clearly does not form part of the *ratio decidendi*.

I would dismiss the appeal with costs.

Since writing the above, I have discovered that in 1948, that is subsequent to the *Home Insurance* and similar cases cited by appellant, the British Columbia Legislature enacted what is now s. 100 of the *Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 197.

100. Unless the contract otherwise provides, a violation of any criminal or other law in force in the Province or elsewhere does not, ipso facto, render unenforceable a claim for indemnity under a contract of insurance except where the violation is committed by the insured, or by another person with the consent of the insured, with intent to bring about loss or damage, except that in the case of a contract of life insurance this section applies only to disability insurance undertaken as part of the contract.

This provision which was not mentioned in the factums or in the argument of counsel for the appellant appears conclusive against his first point, seeing that he answered No to the following question from the Bench: "Are you saying that the Company intended this to happen?"

face. Par conséquent, une police qui ne couvrirait pas la responsabilité résultant de la négligence ne pourrait pas à juste titre s'appeler «générale». Mais la prévisibilité est un élément essentiel de cette responsabilité. Si les risques calculés et les opérations dangereuses sont exclus, que restera-t-il si ce n'est quelques cas exceptionnels de responsabilité?

Je crois qu'il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce si le mode d'interprétation de la police doit être celui qui a été retenu dans *The Canadian Indemnity Co. c. Andrews & George Co. Ltd.*¹⁵, ou celui qui a été adopté dans *Indemnity Ins. Co. of North America c. Excel Cleaning Service*¹⁶. Ces arrêts ne traitent pas de la couverture générale. Tous deux ont été rendus sur l'interprétation d'une clause d'exclusion. Ce que M. le juge Rand a déclaré dans le premier sur le sens du mot «accident» ne fait clairement pas partie de la *ratio decidendi*.

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

Depuis que j'ai rédigé les motifs ci-dessus, j'ai découvert qu'en 1948, c'est-à-dire après l'affaire *Home Insurance* et les arrêts au même effet cités par l'appelante, la Législature de la Colombie-Britannique a adopté ce qui est maintenant l'art. 100 du *Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 197.

[TRADUCTION] 100. A moins de stipulation contraire au contrat, une violation d'une loi de nature criminelle ou autre en vigueur dans la province ou ailleurs n'a pas pour effet, ipso facto, de nier un recours pour une indemnité en vertu d'un contrat d'assurance sauf si la violation est commise par l'assuré, ou par une autre personne avec le consentement de celui-ci, dans le but de causer la perte ou le dommage; cependant, dans un contrat d'assurance-vie, le présent article ne s'applique qu'à l'assurance-invalidité en faisant partie.

Cette disposition qui n'a pas été mentionnée dans les factums ni dans la plaidoirie de l'avocat de l'appelante semble déterminante contre son premier point puisqu'il a répondu négativement à la question suivante qui lui a été posée par un juge: [TRADUCTION] «Dites-vous que la compagnie a voulu que ceci se produise?».

¹⁵ [1953] 1 S.C.R. 19.

¹⁶ [1954] S.C.R. 169.

¹⁵ [1953] R.C.S. 19.

¹⁶ [1954] R.C.S. 169.

In my view, the test laid down by the statute namely, whether or not something was done by or for the insured "with intent to bring about loss or damage" is the very same test which must be applied to decide whether the occurrence is an accident or whether it is a crime barring recovery.

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Pigeon and I agree with him that this appeal should be dismissed and that the damages sustained by the respondent were due to an "accident" in the sense of "an unlooked for mishap or occurrence" which occurred during the policy period and which was attributable to the respondent's negligence.

I do not, however, agree that the word "accident" as used in a comprehensive business liability insurance policy includes a "calculated risk" which phrase appears to me to imply the very antithesis of an "unlooked for mishap or occurrence". I know of no principle of insurance law which would compel such a construction in such a policy, but as I regard my brother Pigeon's expression of the contrary view as being an *obiter dictum* which is not necessary to his decision in this appeal, it does not prevent me from agreeing with his reasons for judgment in all other respects. I would accordingly dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Alexander, Guest, Wolfe, Holburn & Beaudin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

A mon avis, le critère énoncé dans la loi, à savoir si quelque chose a été fait ou non par ou pour l'assuré «dans le but de causer la perte ou le dommage» est précisément celui qu'on doit appliquer pour décider si l'événement est un accident ou s'il s'agit d'un crime qui empêche tout recours.

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Pigeon et je suis d'accord que le présent pourvoi devrait être rejeté et que les dommages subis par l'intimée ont été causés par un «accident» interprété comme [TRADUCTION] «un sinistre ou un événement inattendu» qui est survenu durant la période d'assurance et qui résulte de la négligence de l'intimée.

Toutefois, je ne partage pas l'opinion que le mot «accident» employé dans une police d'assurance commerciale de responsabilité globale s'entend [TRADUCTION] «d'un risque calculé», expression qui m'apparaît avoir un sens tout à fait opposé à [TRADUCTION] «un sinistre ou un événement inattendu». Je ne connais pas de principe dans le droit des assurances qui permettrait une telle interprétation dans une police de ce genre, mais comme je considère le point de vue contraire exprimé par mon collègue M. le juge Pigeon comme un *obiter dictum*, lequel n'est pas essentiel à sa décision, cela ne m'empêche pas de souscrire à ses motifs de jugement sur tous les autres points. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Alexander, Guest, Wolfe, Holburn & Beaudin, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

H. F. Clarke Limited *Appellant*;

and

Thermidaire Corporation Limited
Respondent.

1974: January 28, 29, 30; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Contract—Restrictive covenant—Measure of liquidated damages—Whether formula reasonable or penalty—Construction of covenant in restraint of trade—Scope of covenant—Limitation of operation of covenant by construction or rectification.

In January 1966, the parties entered into a written contract constituting the appellant as from January 1, 1966, the exclusive distributor of the respondent's products (as defined) in a specified area of Canada comprising the larger part of the country. This contract which replaced an earlier one under which there were two restrictive covenants, one respecting competition during the currency of the contract and the second respecting competition during the three year period after termination or cancellation, showed one marked variation in the successor covenants in that the 1966 covenant dealing with sale of competitive products omitted the references to the three year period and to the territory. The covenant dealing with Termination of Agreement by Clarke in neither case made reference to territory but provided for liquidated damages payable by Clarke to Thermidaire of an amount equal to the gross trading profit realised through the sale of competitive products. The contract was terminated by Thermidaire and it was the appellant which initiated suit claiming damages for wrongful termination of the contract. Thermidaire counter-claimed for damages under the covenants against competition. The appellant discontinued its action and the trial of the counter-claim began well after the expiry of the three-year period within which the post-contract covenant was effective. The appellant had continued to sell competitive products contrary to the terms of the covenant and put itself at risk of having to account under the formula for post-contract damages. The respondent however did not seek an interim injunction and while the prayer for relief in the counter-claim did ask for an injunction by the time the action came on for trial there was no longer any basis for one.

H. F. Clarke Limited *Appelante*;

et

Thermidaire Corporation Limited *Intimée.*

1974: les 28, 29 et 30 janvier; 1974: le 1^{er} octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence et Dickson.

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

Contrat—Clause restrictive—Mesure des dommages liquidés—S'agit-il d'une formule raisonnable ou d'une pénalité?—Interprétation de la clause restrictive de commerce—Portée de la clause—Limitation d'application de la clause par interprétation ou par rectification.

En janvier 1966, les parties ont passé un contrat qui faisait de l'appelante, à compter du 1^{er} janvier 1966, le distributeur exclusif des produits de l'intimée (tels que définis) dans une région spécifiée du Canada qui comprenait la plus grande partie du pays. Ce contrat qui remplaçait un contrat antérieur en vertu duquel les deux clauses restrictives, dont une avait trait à la concurrence pendant la période d'application du contrat et l'autre à la concurrence durant les trois années suivant la résiliation ou l'annulation du contrat, révélaient une différence marquée en regard des clauses qui ont suivi en ce que la clause de 1966 portant sur la vente des produits concurrents ne faisait aucune mention de la période de trois ans et du territoire. La clause portant sur la «Résiliation de l'accord par Clarke» ne mentionnait pas, dans les deux cas, la question du territoire mais elle prévoyait le paiement par Clarke, en dommages-intérêts liquidés, d'un montant égal aux bénéfices bruts d'exploitation réalisés par la vente des produits concurrents. Le contrat a été résilié par Thermidaire et c'est l'appelante qui a commencé les poursuites, réclamant des dommages-intérêts pour la résiliation illicite du contrat. Thermidaire fit une demande reconventionnelle en dommages-intérêts en vertu des clauses de non-concurrence. L'appelante discontinua son action et l'instruction de la demande reconventionnelle commença bien après l'expiration de la période de trois ans durant laquelle la clause post-contractuelle était en vigueur. L'appelante avait continué à vendre des produits concurrents après la résiliation du contrat et s'était placée dans une situation où elle risquait d'avoir à rendre compte sous le régime de la formule concernant les dommages post-contractuels. Cependant, l'intimée n'a pas cherché à obtenir une injonction provisoire et même si les conclusions de la demande reconventionnelle demandaient une injonction, celle-ci n'avait plus raison d'être lorsque le procès a eu lieu.

Both the trial judge and the Court of Appeal found the contracts, either as rectified or as limited by construction as to territory, reasonable *inter partes* and consonant with the public interest. The trial judge also found and the Court of Appeal affirmed that Clarke had broken the contract during its currency by selling competitive products (other than those of the respondent) and had also broken the covenant against post-contract competition. These findings and the finding that the respondent was entitled to terminate the contract were not contested thereafter.

As to damages, the trial judge found that the contractual formula of gross trading profit as a measure was business-like and reasonable, as did the Court of Appeal, despite the fact that it was accepted in the Court of Appeal that the damages would reach \$200,000.

Held (Martland and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be allowed with costs.

Per Laskin C.J. and Judson and Spence JJ.: Three points were in issue, first, the validity of the covenants by reason of their alleged unlimited scope, second, the main issue of whether the formula fixing damages for breach of covenant in the post-contract period establishes a measure of liquidated damages or is a penalty against which relief must be given, and, third, whether certain products should not be taken into account in assessing damages.

Neither of the covenants against competition referred to a territorial limitation and rectification was sought on the ground of mutual mistake, and, while the trial judge found them enforceable without granting rectification, the Court of Appeal allowed the cross-appeal as to rectification and qualified their operation by including therein the words "in the territory". Without interfering with the view taken by the Court of Appeal, reasonable construction of the covenants would, in the absence of indication to the contrary, have limited them to that territory in any event. The covenants having been by construction or rectification limited as to territory the appellants failed also in any challenge to the covenants as being in unreasonable restraint of trade.

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux statué que les contrats, tels que rectifiés ou tels que limités par interprétation quant au territoire, étaient raisonnables *inter partes* et en accord avec l'intérêt public soit tels que rectifiés soit tels que limités par l'interprétation relative au territoire. Le juge de première instance a conclu, et la Cour d'appel confirmé, que Clarke avait brisé le contrat durant sa période d'application en vendant des produits concurrents (autres que ceux de l'intimée), et avait également violé la clause interdisant la concurrence post-contractuelle. Ces conclusions et la conclusion selon laquelle l'intimée avait le droit de résilier le contrat n'ont pas été contestées par la suite.

«Quant aux dommages-intérêts, le juge de première instance a conclu que la formule de bénéfices bruts d'exploitation comme mesure était propre aux affaires et raisonnable comme l'a fait la Cour d'appel malgré qu'il ait été accepté en Cour d'appel que les dommages-intérêts s'élevaient à \$200,000.

Arrêt (les juges Martland et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli avec dépens.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence: Trois points étaient en litige, premièrement, la validité des clauses en regard de ce qu'on allègue être leur portée illimitée, deuxièmement, la principale question en litige, de savoir si la formule fixant les dommages-intérêts pour violation de la clause durant la période post-contractuelle établit une mesure des dommages liquidés ou constitue une pénalité contre laquelle un recours doit être octroyé, et, troisièmement, de savoir si certains produits ne devraient pas être pris en ligne de compte dans l'évaluation des dommages-intérêts.

Ni l'une ni l'autre des clauses de non-concurrence ne faisaient mention d'une limitation territoriale et la rectification a été demandée pour motif d'erreur mutuelle, et, alors que le juge de première instance les jugeaient exécutoires sans rectification, la Cour d'appel accueillait l'appel incident relatif à la rectification et atténuait leur application par l'inclusion des mots «dans le Territoire». Sans modifier la position prise par la Cour d'appel, une interprétation raisonnable des clauses aurait restreint, en l'absence d'indications contraires, leur application à ce territoire-là de toute façon. Les clauses ayant été restreintes territorialement par interprétation ou par rectification, l'appelante a également échoué dans toute contestation des clauses pour motif de restriction déraisonnable du commerce.

As to whether the formula fixing damages was in the circumstances a penalty, while it is always open to parties to make such a pre-determination of damages or their measure this must yield to judicial appraisal of its reasonableness. The doctrine that a sum will be held to be a penalty if extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach is well established and does not lose its force in cases where exact calculation or pre-estimation is difficult. In the present case the stipulation for liquidated damages (of which the estimated loss of net profits of respondent is only 40 per cent) was disproportionate and unreasonable. The respondent was however entitled to recover its provable damages for breach of covenant.

The submission by the appellant that sales of certain products ought not to be taken into account should be rejected as it was in the courts below.

Per Martland and Dickson JJ. *dissenting*: The appeal should be dismissed with costs for the unanimous reasons given by the Court of Appeal.

[*Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79; *Clydebank Engineering & Shipbuilding Co. Ltd. et al. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda et al.*, [1905] A.C. 6 appld.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, dismissing an appeal from a judgment of Wilson J. at trial. Appeal allowed with costs, Martland and Dickson JJ. dissenting.

J. J. Fitzpatrick, Q.C., and *H. Ross*, for the appellant.

C. E. Woollcombe, Q.C., and *D. H. Sandler*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—There are three points in this appeal, which concerns the enforceability, under an exclusive distributorship contract, of covenants against competition during the currency of the contract and for three years after its lawful

Quant à savoir si la formule fixant les dommages-intérêts constituait dans les circonstances une pénalité, alors que les parties peuvent toujours préétablir les dommages ou la mesure de ceux-ci, cela ne peut se soustraire au pouvoir des tribunaux d'en apprécier le caractère raisonnable. La théorie voulant que la somme sera jugée être une pénalité si elle est extravagante et exorbitante en comparaison de la plus grande perte qui pourrait concevablement être prouvée comme conséquence de la violation est bien établie et ne perd pas sa force dans des affaires où un calcul exact, ou une estimation anticipée, s'avèrent difficiles. En l'espèce, la stipulation prévoyant des dommages liquidés (desquels la perte de bénéfices nets estimative de l'intimée n'est que d'environ 40 pour cent) était disproportionnée et déraisonnable. Cependant, l'intimée a eu le droit de recouvrer ses dommages prouvables découlant de la violation de la clause.

La prétention de l'appelante que les ventes de certains produits ne devraient pas être prises en ligne de compte doit être rejetée comme elle l'a été par les cours d'instance inférieure.

Les juges Martland et Dickson, dissidents: L'appel devrait être rejeté avec dépens pour les motifs unanimes de la Cour d'appel.

[Arrêts appliqués: *Dunlop Pneumatic tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79; *Clydebank Engineering & Shipbuilding Co. Ltd. et al. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda et al.*, [1905] A.C. 6.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹, rejetant un appel interjeté à l'encontre d'un jugement de première instance prononcé par le juge Wilson. Pourvoi accueilli avec dépens, les juges Martland et Dickson étant dissidents.

J. J. Fitzpatrick c.r., et *H. Ross*, pour l'appelante.

C. E. Woollcombe c.r., et *D. H. Sandler*, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson et Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Trois points se trouvent soulevés en ce pourvoi, qui porte sur le caractère exécutoire, sous le régime d'un contrat de concession exclusive de distribution, de clauses interdisant la concurrence pour la période d'application

¹ [1973] 2 O.R. 57.

¹ [1973] 2 O.R. 57.

termination. The first point relates to the validity of the covenants by reason of their alleged unlimited scope. Secondly, there is an important issue, which in my opinion is the main issue, whether the formula fixing damages for breach of the covenant in the specified post-contract period establishes the measure of liquidated damages or is in reality a penalty against which relief must be given. The third point relates to certain products which, on the appellant's contention, should not be taken into account in assessing damages. Although the appellant also questioned the reference as to damages, directed by the trial judge and affirmed by the Court of Appeal, it being its contention that the assessment should be by a judge of the Supreme Court of Ontario, I would not interfere with this direction if the right to damages should be confirmed by this Court.

The contract which is the subject of this litigation was dated January 14, 1966, and as amended shortly thereafter, it constituted the appellant, as from January 1, 1966, the exclusive distributor of the respondent's products (as defined) in a specified area of Canada, embracing the larger part of Canada from Ontario to the west coast and including the North West Territories and part of Quebec but excluding the eastern part of Quebec and the four Atlantic provinces. This contract replaced an earlier one under which the two covenants against competition, one respecting competition during the currency of the contract, and the second respecting competition during the three year period after termination or cancellation of the contract showed one marked variation from the successor covenants. Article 7 of the first contract of January 20, 1964, provided as follows:

7. Sale of Competitive Products

Distributor undertakes and agrees that during the currency of this Agreement and for a period of three (3) years after the termination hereof, as herein provided, neither it nor any company

du contrat et pour trois ans après sa résiliation licite. Le premier point a trait à la validité des clauses en regard de ce que l'on allègue être leur portée illimitée. Deuxièmement, une importante question se pose, qui à mon avis est la principale question en litige, de savoir si la formule fixant les dommages-intérêts pour violation de la clause durant la période post-contractuelle spécifiée établit la mesure des dommages liquidés ou constitue en réalité une pénalité contre laquelle un recours doit être octroyé. Le troisième point a trait à certains produits qui, d'après la prétention de l'appelante, ne devraient pas être pris en ligne de compte dans l'évaluation des dommages-intérêts. Bien que l'appelante ait aussi mis en cause le renvoi relatif aux dommages-intérêts, prescrit par le juge de première instance et confirmé par la Cour d'appel, la prétention de l'appelante étant que l'évaluation doit être faite par un juge de la Cour suprême de l'Ontario, je ne modifierais pas cette prescription si le droit aux dommages-intérêts devait être confirmé par cette Cour.

Le contrat qui fait l'objet du litige est daté du 14 janvier 1966, et tel que modifié peu de temps après cette date il fait de l'appelante, à compter du 1^{er} janvier 1966, le distributeur exclusif des produits de l'intimée (tels que définis) dans une région spécifiée du Canada, comprenant la plus grande partie du Canada de l'Ontario jusqu'à la côte ouest et incluant les territoires du Nord-Ouest et une partie du Québec mais excluant la partie est du Québec et les quatre provinces de l'Atlantique. Ce contrat remplaçait un contrat antérieur en vertu duquel les deux clauses interdisant la concurrence, dont une avait trait à la concurrence pendant la période d'application du contrat et l'autre à la concurrence durant les trois années suivant la résiliation ou l'annulation du contrat, révélaient ce qui se trouvait être une différence marquée en regard des clauses qui ont suivi. L'article 7 du premier contrat du 20 janvier 1964 prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION]

7. Vente de produits concurrents

Le distributeur accepte et convient que durant la période d'application du présent accord et pour une période de trois (3) années après sa résiliation, tel que prévu aux présentes, le distributeur ni aucune

affiliated or associated with it shall sell competitive products in the Territory.

In the contract out of which this litigation arises, the references to the three year period and to the territory were left out, and the paragraph, numbered 7 as before, was in these words:

7. *Sale of Competitive Products*

Clarke undertakes and agrees that during the currency of this Agreement, neither it nor any company associated or affiliated with it shall manufacture, sell, cause to be manufactured or sold, products competitive to Thermidaire products.

Neither Article 14 of the first contract nor its successor Article 15 of the second contract, in restraining competition for three years after termination or cancellation made any reference to its operation in the territory of the distributorship. The two articles were substantially the same in their relevant particulars, and it is enough to reproduce the one that is in issue here. It reads as follows:

15. *Termination of Agreement by Clarke:* In the event of the termination or cancellation of this Agreement by, or caused by, Clarke, either by reason of its non-renewal by Clarke or by reason of any default on the part of Clarke or by reason of any violation or non-fulfilment of the conditions of this contract by Clarke and not remedied by Clarke as laid down in Section 12, including the grounds for termination specified in paragraph 19 hereof, Clarke further undertakes and agrees that neither it nor any company affiliated or associated with it will produce, sell or cause to be produced or sold, directly or indirectly, products competitive with Thermidaire Products for a period of three (3) years after the date of termination or cancellation. In the event of breach by Clarke of this covenant pertaining to competitive products, Clarke shall pay to Thermidaire by way of liquidated damages an amount equal to the gross trading profit realized through the sale of such competitive products.

Although neither of the covenants against competition referred to a territorial limitation on their ambit and rectification was sought on the ground of mutual mistake, the trial judge found them enforceable without granting rectification, it being

compagnie qui lui est affiliée ou associée ne vendront des produits concurrents dans le Territoire.

Dans le contrat dont découle le présent litige, les mentions de la période de trois ans et du territoire ont été omises, et le paragraphe, qui garde toujours le numéro 7, est dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

7. *Vente de produits concurrents*

Clarke accepte et convient que durant la période d'application du présent accord, Clarke ni aucune compagnie qui lui est associée ou affiliée ne fabriqueront, vendront, feront fabriquer ou vendre, des produits faisant concurrence aux produits de Thermidaire.

Ni l'article 14 du premier contrat ni l'article 15 qui le remplace dans le second contrat ne font mention, en interdisant la concurrence pour les trois années suivant la résiliation ou l'annulation, de son application dans le territoire de distribution. Les deux articles sont substantiellement les mêmes dans leurs dispositions pertinentes, et il suffit de reproduire celui qui est présentement en litige. Il se lit comme suit:

[TRADUCTION] 15. *Résiliation de l'accord par Clarke:* Advenant la résiliation ou l'annulation du présent accord par Clarke ou à cause de Clarke, du fait du non-renouvellement de l'accord par Clarke ou du fait d'un manquement de la part de Clarke ou du fait d'une violation ou inexécution des conditions du présent contrat par Clarke qui n'a pas été réparée par Clarke comme prévu à l'Article 12, y compris des motifs de résiliation spécifiés au paragraphe 19 des présentes, Clarke accepte et convient en outre que Clarke ni aucune compagnie qui lui est affiliée ou associée ne produiront, vendront ou feront produire ou vendre, directement ou indirectement, pendant une période de trois (3) années après la date de la résiliation ou de l'annulation, des produits faisant concurrence aux produits de Thermidaire. Advenant violation par Clarke de la présente clause relative aux produits concurrents, Clarke devra payer à Thermidaire en dommages-intérêts liquidés un montant égal aux bénéfices bruts d'exploitation réalisés par la vente de tels produits concurrents.

Bien que ni l'une ni l'autre des clauses de non-concurrence ne font mention d'une limitation territoriale de leur portée, et qu'on ait demandé la rectification pour motif d'erreur mutuelle, le juge de première instance les a jugées exécutoires sans

his view that there was no mutual mistake. In the Court of Appeal, whose reasons were delivered by Brooke J.A., the cross-appeal as to rectification was allowed and the operation of the two covenants was qualified by including therein the words "in the Territory".

I am not disposed to interfere with the view on rectification taken by the Court of Appeal, but I do not think that the relief was necessary in view of the definition in the contract of the territory within which the distributorship was to operate. It seems to me that, in the absence of any indications in the covenants against competition that they were to operate outside the distributorship territory, reasonable construction would limit them to that territory. I do not find it compelling today to view the covenants against competition as if they were detached provisions and to seek thereby a basis of invalidation, especially when no claim was made by the covenantee for a wider application than the distributorship territory.

I need not embark here on any discussion of whether the two covenants, either as rectified or as limited by construction to operation only in the distributorship territory, are invalid as in unreasonable restraint of trade. Both the trial judge and the Court of Appeal found them to be reasonable *inter partes* and consonant with the public interest, and this conclusion was not questioned by the appellant save by reading the covenants as being unlimited in territorial ambit. In failing on this point they fail also in any challenge to the covenants as being in unreasonable restraint of trade.

This brings me to the second and, as I said, the main point in the appeal. The trial judge found, and the Court of Appeal confirmed, that the appellant Clarke had broken the contract during its currency by selling competitive products other than those of the respondent and that it had also broken the covenant against post-contract competition. These findings, and as well a finding that

accorder la rectification, étant d'avis qu'il n'y avait pas eu erreur mutuelle. En la Cour d'appel, dont les motifs ont été rédigés par le juge d'appel Brooke, l'appel incident relatif à la rectification a été accueilli et l'application des deux clauses a été atténuée par inclusion des mots «dans le Territoire».

Je ne suis pas prêt à modifier la position qu'a prise la Cour d'appel sur la rectification, mais je ne crois pas que le recours était nécessaire étant donné la définition dans le contrat du territoire dans lequel la distribution devait avoir lieu. Il me paraît que, en l'absence d'indications dans les clauses de non-concurrence qu'elles devaient s'appliquer en dehors du territoire de distribution, une interprétation raisonnable devrait restreindre leur application à ce territoire-là. Je n'estime pas qu'il faille aujourd'hui considérer les clauses de non-concurrence comme si elles étaient des dispositions détachées et chercher par là un fondement d'annulation, spécialement quand aucune réclamation n'a été faite par le créancier aux fins de leur donner une application plus vaste que le territoire de distribution.

Je n'ai pas à me lancer ici dans une discussion de la question de savoir si les deux clauses, soit telles que rectifiées soit telles que limitées par interprétation à l'application dans le territoire de distribution seulement, sont nulles pour motif de restriction déraisonnable du commerce. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux statué qu'elles étaient raisonnables *inter partes* et en accord avec l'intérêt public, et cette conclusion n'a pas été mise en doute par l'appelante sauf qu'elle a interprété les clauses comme étant illimitées sur le plan territorial. En échouant sur ce point l'appelante échoue également dans toute contestation des clauses pour motif de restriction déraisonnable du commerce.

Cela m'amène au deuxième et, je l'ai dit, principal point du pourvoi. Le juge de première instance a conclu, et la Cour d'appel confirmé, que l'appelante Clarke avait brisé le contrat durant sa période d'application en vendant des produits concurrents autres que ceux de l'intimée, et qu'elle avait également violé la clause interdisant la concurrence post-contractuelle. Ces conclusions, de

the respondent was entitled to terminate the contract before it had run its five-year period, were not contested in this Court by the appellant.

At the time the parties hereto commenced their business relationship the appellant was in the business of selling boilers in western Canada. The respondent from 1958 on concentrated on the manufacture and sale of water treatment products; and in agreeing to give the appellant the exclusive distributorship of its products in the defined territory it necessarily excluded itself from sales therein and thus depended on the appellant to keep its name and its reputation before the public in the territory. The appellant was not only precluded by the contract between the parties from selling products in the territory competitive to those of the respondent but was also subject to other supporting contractual obligations, such as being required to give the respondent upon request its list of customers, and various provisions respecting advertising and packaging.

It was the appellant which initiated suit, claiming damages for wrongful termination of the contract on January 19, 1967, by the respondent and the latter counterclaimed for damages under the covenants against competition. The action was brought on March 9, 1967, the statement of claim was delivered on April 10, 1967, and the defence and counterclaim on April 25, 1967. The appellant discontinued its action on April 29, 1968, and the trial of the counterclaim began on September 19, 1971, well after the expiry of the three-year period within which the post-contract covenant against competition was effective. The respondent did not seek an interim or interlocutory injunction, which it might have done promptly and thus avoided the running of some of the damages which it claimed in its suit. Its explanation, which is far from satisfactory, was that there was a serious question whether there was a breach of the agreement by the appellant and, even if there was a breach, whether it was not remedied. The prayer for relief in the counterclaim did ask for an injunction but, of course, by the time the action came on for trial

même qu'une conclusion selon laquelle l'intimée avait le droit de résilier le contrat avant que sa durée de cinq ans ne se fût écoulée, n'ont pas été contestées en cette Cour par l'appelante.

Au moment où les parties au pourvoi ont commencé leurs relations d'affaires, l'appelante était dans le commerce de la vente de chaudières et elle faisait affaires dans l'ouest du pays. L'intimée à partir de 1958 a concentré ses activités sur la fabrication et la vente de produits de traitement d'eau; et en convenant d'octroyer à l'appelante la concession exclusive de distribution de ses produits dans le territoire défini elle s'interdisait nécessairement le droit d'y faire des ventes et comptait ainsi sur l'appelante pour garder son nom et sa réputation devant le public dans le territoire. L'appelante n'était pas seulement empêchée par le contrat intervenu entre les parties de vendre dans le territoire des produits faisant concurrence à ceux de l'intimée mais aussi elle était liée par d'autres obligations contractuelles accessoires, comme par exemple l'obligation de donner à l'intimée sur demande sa liste de clients, et diverses dispositions concernant la réclame et l'emballage.

C'est l'appelante qui a commencé les poursuites, réclamant des dommages-intérêts pour résiliation illicite du contrat par l'intimée le 19 janvier 1967, et cette dernière a fait une demande reconventionnelle en dommages-intérêts en vertu des clauses de non-concurrence. L'action a été intentée le 9 mars 1967, la déclaration écrite a été déposée le 10 avril 1967 et la défense et demande reconventionnelle le 25 avril 1967. L'appelante a discontinué son action le 29 avril 1968, et l'instruction de la demande reconventionnelle a commencé le 19 septembre 1971, bien après l'expiration de la période de trois ans durant laquelle la clause de non-concurrence post-contractuelle était en vigueur. L'intimée n'a pas cherché à obtenir une injonction provisoire ou interlocutoire, ce qu'elle aurait pu faire promptement évitant ainsi la continuation de certains des dommages qu'elle réclamait dans sa demande. Son explication, qui est loin d'être satisfaisante, a été qu'on se demandait sérieusement s'il y avait eu violation de l'accord par l'appelante et, même s'il y avait eu violation, si elle n'avait été réparée. Les conclusions de la demande reconventionnelle

there was no longer any basis for one. Nonetheless, it was obvious from the record that the appellant continued to sell competitive products other than those of the respondent after the contract was terminated and thus put itself at the risk, which indeed materialized, of being called to account under the formula for post-contract damages. Notwithstanding this, no interlocutory injunction was sought by the respondent.

No question arises here as to the entitlement of the respondent to damages for breach of the covenant against competition during the currency of the contract (the covenant in this respect being enforceable), such damages being the loss suffered by the respondent by reason of sales by the appellant of products competitive with those of the respondent and not purchased from the respondent. The formula for assessing damages for breach of Article 15, the post-contract covenant, was however attacked as constituting a penalty rather than a measure of liquidated damages. It was accepted by counsel for the respective parties that the damages under the prescribed formula, namely, the gross trading profit realized by the covenantor on the sale of competitive products, would be about \$200,000. Counsel for the appellant pointed to the very modest, almost inconsequential, profits of the respondent for the ten-year period 1961 to 1970 inclusive. Indeed, it was contended that were it not for an interest free loan to the respondent by its president, there would have been a loss over the ten-year period of some \$86,000 if a realistic rate of interest had to be paid for the loan. To support its contention of the extravagance of the formula as a measure of liquidated damages, counsel for the appellant noted (although not accepting the sum as properly based) that the respondent had, in the alternative, claimed some \$92,000 as the amount of its actual loss of net profit over the three-year post-contract period.

The trial judge concluded that the formula of gross trading profit as the measure of liquidated

demandent une injonction mais, bien entendu, lorsque le procès a eu lieu une injonction n'avait plus de raison d'être. Néanmoins, il apparaissait clairement au dossier que l'appelante avait continué à vendre des produits concurrents autres que ceux de l'intimée après la résiliation du contrat et s'était ainsi placée dans une situation où elle risquait d'être appelée, ce qui s'est effectivement produit, à rendre des comptes sous le régime de la formule concernant les dommages post-contractuels. Nonobstant cela, l'intimée n'a cherché à obtenir aucune injonction interlocutoire.

Aucune question ne se pose ici relativement au droit de l'intimée à des dommages-intérêts pour violation de la clause de non-concurrence durant la période d'application du contrat (la clause à cet égard étant exécutoire), les dommages étant la perte subie par l'intimée par suite de ventes par l'appelante de produits faisant concurrence à ceux de l'intimée et ne lui ayant pas été achetés. La formule d'évaluation des dommages pour violation de l'article 15, la clause post-contractuelle, a cependant été contestée comme étant une pénalité plutôt qu'une mesure servant à liquider les dommages. Il a été concédé par les avocats des parties que les dommages sous le régime de la formule prescrite, soit les bénéfices bruts d'exploitation réalisés par le débiteur lors de la vente de produits concurrents, s'élèveraient à environ \$200,000. L'avocat de l'appelante a souligné les bénéfices très modestes, presque insignifiants, de l'intimée pour la période de dix ans allant de 1961 à 1970 inclusivement. On a même prétendu que si ce n'avait été d'un prêt sans intérêt fait à l'intimée par son président, il y aurait eu au cours de la période de dix ans une perte d'environ \$86,000 si un taux d'intérêt réaliste avait dû être payé pour le prêt. Pour appuyer sa prétention d'extravagance de la formule comme mesure de dommages liquidés, l'avocat de l'appelante a noté (bien que n'acceptant pas la somme comme régulièrement fondée) que l'intimée avait, comme conclusion de remplacement, réclamé environ \$92,000 comme montant de sa perte véritable de bénéfices nets au cours de la période post-contractuelle de trois ans.

Le juge de première instance a conclu que la formule de bénéfices bruts d'exploitation adoptée

damages was a business-like and reasonable one, but this conclusion was associated with an apparent belief that the damages according to this formula would be small. The Court of Appeal accepted, as did counsel, that they would reach \$200,000, but it held nonetheless that the formula, in the circumstances, was "one designed for the determination of liquidated damages in the truest sense and . . . therefore enforceable".

Although there was only brief consideration in the reasons of the trial judge of the issue whether the provision for liquidated damages (so termed by the parties in their contract) was not in substance a penalty and hence unenforceable, the Court of Appeal addressed itself to this issue at some length. I think it important to appreciate that we are dealing here with a not very usual case (so far as reported decisions go) where the pre-estimate of damages was not a fixed sum (as was the situation in the leading English case of *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*²) but was based upon a formula which when applied necessarily yielded a result far in excess of loss of net profits. Gross trading profit, in the words of the trial judge, "means the difference between the net selling prices of the goods and their laid down cost", the laid down cost being the seller's invoice price plus transportation charges to put the goods on the purchaser's shelves. In the words of the Court of Appeal, "the term 'gross trading profit' is profit after cost of sales but before costs customarily deducted to determine net profit".

The contract in this case was lawfully terminated by the respondent on January 19, 1967, and the three-year post-contract covenant against competition ran from that date. The appellant admitted in a letter from its president, dated January 16, 1967,

comme mesure des dommages liquidés était propre aux affaires et raisonnable, mais cette conclusion est associée à une croyance apparente que les dommages-intérêts fixés suivant cette formule seraient peu élevés. La Cour d'appel a accepté, comme l'ont fait les avocats, qu'ils s'élèveraient à \$200,000, mais elle a néanmoins statué que la formule, dans les circonstances, était [TRADUCTION] «une formule conçue pour la fixation de dommages liquidés dans le sens le plus véritable de l'expression et . . . par conséquent susceptible d'exécution».

Bien que les motifs du juge de première instance ne parlent que brièvement de la question de savoir si la disposition prévoyant des dommages-intérêts liquidés (ainsi appelée par les parties dans leur contrat) n'était pas essentiellement une pénalité et donc non exécutoire, la Cour d'appel s'est penchée sur cette question plus longuement. Je crois qu'il est important de comprendre que nous sommes ici en présence d'un cas très habituel (si on s'en tient aux décisions publiées) où l'estimation anticipée des dommages-intérêts n'était pas une somme fixe (comme c'était le cas dans l'arrêt de principe rendu en Angleterre dans l'affaire *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*²) mais était basée sur une formule dont l'application devait nécessairement produire un résultat dépassant de beaucoup la perte de bénéfices nets. Les bénéfices bruts d'exploitation, d'après les termes utilisés par le juge de première instance, [TRADUCTION] «désignent la différence entre les prix de vente nets des produits et leurs prix de revient énoncés», le prix de revient énoncé étant le prix facturé par le vendeur plus les frais de transport requis pour placer les produits sur les étalages de l'acheteur. D'après les termes employés par la Cour d'appel, [TRADUCTION] «l'expression bénéfices bruts d'exploitation est le profit après le coût des ventes mais avant les coûts habituellement déduits pour déterminer les bénéfices nets».

Le contrat en l'espèce a été licitement résilié par l'intimée le 19 janvier 1967 et la clause interdisant la concurrence post-contractuelle pour trois ans est entrée en vigueur à compter de cette date-là. L'appelante a reconnu dans une lettre adressée par son

² [1915] A.C. 79.

² [1915] A. C. 79.

that as late as June, 1966, it had sold competitive products covered by the agreement and not purchased from the respondent, and it promised to desist from this "hereafter". The trial judge, obviously by inadvertent error, referred to June 30, 1967 (instead of to June, 1966) as the end period to which the admission referred. In fact, the appellant did not desist after termination of the contract, and there is evidence that from January 1, 1967, to January 31, 1969, the gross trading profit of the appellant was \$177,161.20, consisting of \$78,739.80 for 1967, \$93,609.25 for 1968 and \$4,812.15 for the one month of 1969, the appellant having in 1969 changed its year end from December 31 to January 31.

I take the judgment of the Ontario Court of Appeal to be based on the fact that the parties had fixed the formula of gross trading profit after a mutual consideration of the difficulty of establishing compensation for a probably substantial loss, having regard to the factors to be considered, if there was a breach of the post-contract covenant not to compete. The extent of the loss, by reason of the formula, would vary directly with the length of time, up to the three year limit, over which the breach would continue. In his reasons in the Court of Appeal, Brooke J.A. assessed the matter as follows:

The disproportion of gross trading profit and net profit and financial position of Thermidaire were known by the parties when this agreement was struck. No doubt net profit was considered inappropriate as a measure of damage or loss since its application would involve charging all the costs of advertising, promotion and administration used to put down Thermidaire in a prohibited competitive venture. As to the true object of the provision, Mr. Deeks stated that the formula was used because of the serious difficulties involved in calculating not only simple loss of profit through the prohibited competition, but also the loss of things of value, of real value, which the parties well understood. This included such matters as the loss of the past value of previous years of advertising by Clarke of the Thermidaire products, the loss of present and future worth of advertising by Thermidaire by reason of Clarke's active competition

président, en date du 16 janvier 1967, qu'aussi récemment qu'en juin 1966 elle avait vendu des produits concurrents visés par l'accord et non achetés de l'intimée, ce à quoi elle a promis de renoncer «à partir de maintenant». Le juge de première instance, de toute évidence par suite d'une erreur commise par inadvertance, a mentionné le 30 juin 1967 (au lieu de juin 1966) comme étant la fin de la période que mentionnait l'aveu. En fait, l'appelante n'a pas renoncé après la résiliation du contrat, et il y a preuve que du 1^{er} janvier 1967 au 31 janvier 1969 les bénéfices bruts d'exploitation de l'appelante ont été de \$117,161.20, consistant dans une somme de \$78,739.80 pour 1967, de \$93,609.25 pour 1968 et \$4,812.15 pour l'unique mois de 1969, l'appelante ayant en 1969 changé sa fin d'exercice du 31 décembre au 31 janvier.

Je considère le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario comme basé sur le fait que les parties avaient fixé la formule relative aux bénéfices bruts d'exploitation après examen conjoint de la difficulté d'établir une indemnisation pour une perte probablement substantielle, eu égard aux facteurs à considérer, advenant une violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle. L'étendue de la perte, par suite de la formule, devait varier directement en fonction de la durée au cours de laquelle la violation se poursuivrait, jusqu'à la limite de trois ans. Dans ses motifs en Cour d'appel, le juge d'appel Brooke a vu la question comme suit:

[TRADUCTION] La disproportion entre les bénéfices bruts d'exploitation et les bénéfices nets, ainsi que la situation financière de Thermidaire, étaient connues par les parties lorsque l'accord a été conclu. Il ne fait pas de doute que les bénéfices nets ont été considérés comme non appropriés comme mesure de dommages ou de pertes du fait que leur application comporterait la déduction de tous les coûts de réclame, de promotion et d'administration consacrés à l'écrasement de Thermidaire dans une initiative de concurrence prohibée. Quant à l'objet véritable de la disposition, M. Deeks a dit que la formule avait été utilisée à cause des difficultés sérieuses que comporte le calcul non seulement de la simple perte de bénéfices due à la concurrence prohibée, mais également de la perte de choses de valeur, de valeurs réelles, que les parties comprenaient bien. Cela comprenait des choses comme la perte de la valeur

and, of course, the loss of the value of product identification, product integrity and the loss of customers and, of importance, the name and reputation of the product in the marketplace. If the effect in terms of loss of present and future sales because of adverse advertising and competitive sales suffered by a company which had placed its entire reliance upon the conduct of its exclusive agent was properly a part of the parties' consideration, perhaps the difficulty encountered by the witness Anderson in his attempt to establish the loss limited to Thermidaire's net profit reflects the difficulties which the parties foresaw in any effort to assess the real loss which would be sustained by Thermidaire in the event of a breach. It is clear to me that the learned trial judge accepted the evidence of Mr. Deeks as worthy of belief and entirely reasonable in these circumstances.

Does the formula represent a genuine attempt by the parties to pre-estimate the loss as best they could within their special knowledge of the circumstances? It is true that the amount that may eventually be assessed may be large, but this was foreseeable when the contract was entered upon. Equally clear was the fact that the loss in terms of both profits and value, as above-mentioned, would also be large. Indeed, the longer the competition was carried on within the prohibited period the greater would be the loss, and the more successful the competition, the greater was the probability that Thermidaire would suffer substantial and permanent damage in the light of the various factors above-mentioned. Losses such as loss of product identification, loss of the benefits of advertising through the operations of its exclusive agent throughout a large territory are among the imponderables for the appraisal which this clause was intended to provide. To have fixed a lump sum as a measure of Thermidaire's damages would have been a haphazard measure at best and, in all the circumstances, the employment of a formula geared to sales of competitive products during the prohibited period was adopted by two keen business firms as the best method of determining the loss resulting from a breach of the covenant—a covenant into which they entered with their eyes open.

When is the amount of recovery in such circumstances extravagant as opposed to actual probable loss? The fact that the estimated loss of net profit,

passée de la réclame faite par Clarke au sujet des produits de Thermidaire durant les années antérieures, la perte de la valeur présente et future de la réclame de Thermidaire par suite de la concurrence active de Clarke et, bien entendu, la perte de la valeur d'identification du produit, d'intégrité du produit et la perte de clients et, chose importante, du renom et de la réputation du produit sur le marché. Si l'effet en termes de perte de ventes présentes et futures pour cause de réclame concurrente et de ventes préjudiciables à une compagnie qui avait placé sa pleine confiance dans la conduite de son concessionnaire exclusif, faisait régulièrement partie des préoccupations des parties, peut-être la difficulté qu'a éprouvée le témoin Anderson dans sa tentative d'établir la perte limitée aux bénéfices nets de Thermidaire reflète-t-elle les difficultés que les parties prévoiaient dans toute tentative d'évaluer la perte réelle que subirait Thermidaire advenant une violation. Il est clair selon moi que le savant juge de première instance a accepté le témoignage de M. Deeks comme digne de foi et entièrement raisonnable dans ces circonstances.

La formule représente-t-elle une tentative authentique des parties d'estimer à l'avance la perte du mieux qu'elles le pouvaient selon leur connaissance spéciale des circonstances? Il est vrai que le montant qui pourra éventuellement être fixé peut s'avérer élevé, mais cela était prévisible quand le contrat a été conclu. Il était également clair que la perte en termes à la fois de bénéfices et de valeur, comme mentionné ci-dessus, serait élevée aussi. En effet, plus la durée de la concurrence serait longue à l'intérieur de la période prohibée, plus la perte serait grande, et, de même, plus la concurrence faite aurait du succès, plus il était probable que Thermidaire subisse des dommages substantiels et permanents à la lumière des divers facteurs ci-dessus. Des pertes telles que perte d'identification de produit, perte des avantages de la réclame par le truchement des activités de sa concessionnaire exclusive à la grandeur d'un vaste territoire sont parmi les impondérables que cette clause était destinée à évaluer. Fixer une somme globale comme mesure des dommages de Thermidaire aurait été au mieux une disposition prise au petit bonheur et, dans toutes les circonstances, l'emploi d'une formule axée sur les ventes de produits concurrents durant la période prohibée a été adoptée par deux entreprises averties comme la meilleure méthode de déterminer la perte résultant d'une violation de la clause—clause qu'elles ont arrêtée en pleine connaissance de cause.

Quand le montant de recouvrement est-il dans de telles circonstances extravagant en regard de la perte probable réelle? Le fait que la perte prévue de bénéfices

\$92,000.00, is something a little less than half of the possible recovery of \$200,000.00 in circumstances like these is not by itself proof of extravagance. The figures may be large, but I am not persuaded that they are unrealistic or extravagant. The parties knew and appreciated these factors and chose this method to establish compensation for a loss, the amount of which was difficult to determine and, no doubt, very costly to establish. I am convinced that they agreed upon a method which they both regarded as one which would lead to a fair and just determination of Thermidaire's damages and losses in the event of a breach of the covenant.

If all that was involved in determining whether the parties had agreed on a measure of liquidated damages or on a penalty was the intention of those parties, there could be no quarrel with the result reached at trial and on appeal. Indeed, if that was the case it is difficult to conceive how any penalty conclusion could ever be reached when business men or business corporations, with relatively equal bargaining power, entered into a contract which provided for payment of a fixed sum or for payment pursuant to a formula for determining damages, in case of a breach of specified covenants, including a covenant not to compete. The law has not, however, developed in this way in common law jurisdictions; and the power to relieve against what a court may decide is a penalty is a recognized head of equity jurisdiction. Of course, the court will begin by construing the contract in which the parties have objectively manifested their intentions, and will consider the surrounding circumstances so far as they can illuminate the contract and thus aid in its construction. It seems to me, however, that if, in the face of the parties' assertion in their contract that they were fixing liquidated damages, the court concludes that a penalty was provided, it would be patently absurd to say that the court was giving effect to the real intention of the parties when the court's conclusion was in disregard of that intention as expressed by the parties.

What the court does in this class of case, as it does in other contract situations, is to refuse to

nets, \$92,000, soit quelque chose d'un peu moins que la moitié du recouvrement possible de \$200,000 dans des circonstances comme celles-ci, n'est pas en soi une preuve d'extravagance. Les chiffres peuvent être élevés, mais je ne suis pas convaincu qu'ils ne sont pas réalistes ou qu'ils sont extravagants. Les parties connaissaient et comprenaient ces facteurs et elles ont choisi cette méthode pour établir l'indemnité qui serait octroyée pour une perte, dont le montant était difficile à déterminer et, sans doute, d'estimation coûteuse. Je suis convaincu qu'elles sont tombées d'accord sur une méthode qu'elles considéraient toutes deux comme une méthode qui permettrait l'évaluation équitable et juste des dommages et des pertes advenant une violation de la clause.

Si la question de savoir si les parties avaient convenu d'une mesure de dommages liquidés ou d'une pénalité reposait uniquement sur l'intention de ces parties, on ne pouvait rien objecter au résultat auquel on a conclu en première instance et en appel. Voire, si tel était le cas il est difficile de concevoir comment on pourrait jamais conclure qu'une pénalité a été stipulée quand des hommes d'affaires ou corporations commerciales, dotés d'un pouvoir de marchandage relativement égal, ont conclu un contrat prévoyant le paiement d'une somme fixe ou le paiement d'une somme conformément à une formule de détermination des dommages, advenant la violation de clauses précises, y compris d'une clause de non-concurrence. Le droit ne s'est pas, toutefois, développé de cette façon dans les ressorts de *Common Law*; et le pouvoir d'alléger ce qu'un tribunal peut juger constituer une pénalité est un chef reconnu de la compétence d'*equity*. Bien entendu, le tribunal interprétera d'abord le contrat dans lequel les parties ont objectivement manifesté leurs intentions, et considérera les circonstances du contrat dans la mesure où elles peuvent illuminer celui-ci et ainsi aider à son interprétation. Il me semble, cependant, que si, devant l'assertion des parties dans leur contrat, selon laquelle elles fixaient des dommages liquidés, le tribunal conclut qu'une pénalité se trouvait stipulée, il serait manifestement absurde de dire que le tribunal s'est trouvé à donner effet à l'intention réelle des parties quand la conclusion du tribunal est tirée au mépris de cette intention telle qu'elle a été exprimée par les parties.

Ce que fait le tribunal dans cette catégorie de cas, comme dans d'autres situations contractuelles,

enforce a promise in strict conformity with its terms. The court exercises a dispensing power (which is unknown to the civil law of Quebec) because the parties' intentions, directed at the time to the performance of their contract, will not alone be allowed to determine how the prescribed sum or the loss formula will be characterized. The primary concern in breach of contract cases (as it is in tort cases, albeit in a different context) is compensation, and judicial interference with the enforcement of what the courts regard as penalty clauses is simply a manifestation of a concern for fairness and reasonableness, rising above contractual stipulation, whenever the parties seek to remove from the courts their ordinary authority to determine not only whether there has been a breach but what damages may be recovered as a result thereof.

The courts may be quite content to have the parties fix the damages in advance and relieve the courts of this burden in cases where the nature of the obligation upon the breach of which damages will arise, the losses that may reasonably be expected to flow from a breach and their unsusceptibility to ready determination upon the occurrence of a breach provide a base upon which a pre-estimation may be made. But this is only the lesser half of the problem. The interference of the courts does not follow because they conclude that no attempt should have been made to predetermine the damages or their measure. It is always open to the parties to make the predetermination, but it must yield to judicial appraisal of its reasonableness in the circumstances. This becomes a difficult question of judgment, especially in a case like the present one involving a covenant not to compete which engages the reputation and the vicarious presence of the covenantee in the territorial area of the covenant as well as the products which are the subject of the covenant.

In the present case the formula of gross trading profit was not defined, but in the general under-

est de refuser d'exécuter une promesse d'une façon strictement conforme avec ses termes. Le tribunal exerce un pouvoir de dispense (que ne connaît pas le droit civil du Québec) pour le motif qu'on ne permettra pas aux intentions des parties, concentrées à l'époque sur l'accomplissement de leur contrat, de décider à elles seules comment la somme prescrite ou la formule compensatoire seront caractérisées. La préoccupation première dans les affaires de violation de contrat (comme c'est le cas dans les affaires de délit civil, bien que dans un contexte différent) est l'indemnisation, et l'intervention judiciaire dans l'exécution de ce que les tribunaux considèrent être des clauses pénales est simplement une manifestation d'une préoccupation d'équité et de raison, s'élevant au-dessus des stipulations contractuelles, chaque fois que les parties tentent de retirer aux tribunaux leur pouvoir ordinaire de déterminer non seulement si il y a eu violation mais quels dommages-intérêts peuvent être recouverts par suite de la violation.

Les tribunaux peuvent fort bien s'accommoder de voir les parties fixer à l'avance les dommages et décharger les tribunaux de cette tâche dans des affaires où la nature de l'obligation dont la violation entraînera des dommages-intérêts, les pertes qu'on peut raisonnablement s'attendre de voir découler d'une violation, et l'incapacité de les évaluer rapidement lorsque survient une violation, fournissent une base sur laquelle préétablir le montant des dommages. Mais cela n'est que la moitié la moins importante de la difficulté. Ce n'est pas parce qu'ils concluent qu'aucune tentative n'aurait dû être faite de préétablir les dommages ou la mesure de ceux-ci, que les tribunaux interviennent. Les parties peuvent toujours préétablir les dommages, mais ce qu'ils ont établi ne peut être soustrait au pouvoir des tribunaux d'en apprécier le caractère raisonnable eu égard aux circonstances. Cela devient une question de jugement difficile, spécialement dans un cas comme le cas présent où une clause de non-concurrence engage dans les limites de son champ territorial la réputation du créancier et sa présence par délégation aussi bien que les produits qui font l'objet de la clause.

Dans l'affaire présente la formule des bénéfices bruts d'exploitation n'a pas été définie, mais sui-

standing of the term as adopted by the courts below it departs markedly from any reasonable approach to recoverable loss or actual loss since all the elements of costs and expenses which would be taken into account to arrive at net profit are excluded from consideration. It is of considerable significance on this aspect of the matter to note how the respondent, in putting its best foot forward to show its actual loss, made up its estimated loss of net profits of \$92,017, which is less than half of the sum, in fact about 40 per cent, which would be its recoverable damages under the contract formula of gross trading profits.

Evidence of the estimated loss of net profits over the three-year period in question was given on behalf of the respondent by one Anderson, a chartered accountant and member of a firm which was auditor for the respondent. His calculations are set out in an exhibit, Exhibit 72, which shows sales for each of the three years 1967 to 1969 inclusive and cost of sales. The difference between these sums was the gross profit in an amount of \$110,270 from which were deducted expenses of warehousing (a minor expense), commissions, office and travel expenses, leaving a net of \$92,017 as the loss of profit. Anderson agreed, when cross-examined on his calculations, that they were based on four assumptions put to him by counsel for the appellant, as follows:

Q. Then the validity of your figures as estimates depends on four assumptions: the first, that Thermidaire would have sold all that Clarke did; the second, that Clarke's sales figures for water chemical treatment material are the correct sales figures; that your figures for Thermidaire's cost of sales are correct; and that your estimate as to how selling and administrative expenses would have increased with the increased sales.

A. That is correct.

Anderson's evidence was that Clarke's gross trading profit for the three-year period amounted to \$239,449.05, consisting of \$78,739.80 in 1967,

avant ce que les cours d'instance inférieure ont jugé être le sens généralement accordé à l'expression elle s'écarte de façon marquée de toute approche raisonnable servant à déterminer la perte recouvrable ou la perte réelle puisque tous les éléments de coût et de dépense dont il serait tenu compte pour calculer les bénéfices nets n'entrent plus du tout en ligne de compte. Sur cet aspect de l'affaire il est éminemment significatif de noter comment l'intimée, en montrant sa perte réelle de la façon la plus persuasive, a établi sa perte de bénéfices nets estimative de \$92,017, ce qui est moins de la moitié, en fait environ 40 pour cent, de ce que seraient ses dommages-intérêts recouvrables sous le régime de la formule contractuelle des bénéfices bruts d'exploitation.

Un témoignage donnant la perte estimative de bénéfices nets pour les trois années en cause a été fourni au nom de l'intimée par un nommé Anderson, un comptable agréé qui faisait partie de la maison qui faisait la vérification des livres de l'intimée. Ces calculs sont exposés dans une pièce, la pièce 72, qui montre les ventes pour chacune des trois années 1967 à 1969 inclusivement ainsi que le coût des ventes. La différence entre ces sommes a été le bénéfice brut d'un montant de \$110,270, duquel ont été déduits des frais d'entreposage (une dépense mineure), commissions, frais de bureau et de déplacement, laissant un montant net de \$92,017 comme perte de bénéfices. Anderson a convenu, lorsqu'on l'a contre-interrogé sur ses calculs, qu'ils étaient basés sur quatre postulats que l'avocat de l'appelante lui a exposés comme suit:

[TRADUCTION] Q. Donc la validité de vos chiffres en tant que chiffres estimatifs repose sur quatre postulats: le premier, que Thermidaire aurait vendu tout ce que Clarke a vendu; le second, que les chiffres de vente de Clarke relativement aux produits de traitement chimique de l'eau sont exacts; que vos chiffres relativement au coût des ventes de Thermidaire sont exacts; et que votre estimation de la façon dont les frais de vente et d'administration auraient augmenté avec l'augmentation des ventes.

R. C'est juste.

Le témoignage d'Anderson a été que les bénéfices bruts d'exploitation de Clarke pour la période de trois ans s'étaient élevés à \$239,449.05, consis-

\$93,609.25 in 1968 and \$67,100 in 1969. By contrast, the appellant's net profit for the three-year period in respect of sales of competitive products appears to have been insignificant, if indeed there was any at all. There was a net loss of over \$17,000 in 1967 and a net gain of some \$18,000 in 1968. There was no net gain figure for 1969, but taking \$67,100 as the gross trading profit for that year (as Anderson's evidence showed) the net profit, on any reasonable assessment of deductible expenses, could not have been very large. The respondent Thermidaire's gross trading profit during this period, if it had sold the units or products that Clarke had sold in the same period would have been \$110,270, and this is the sum shown on Exhibit 72. The reason for the disparity between the gross trading profits of the appellant and of the respondent, referable to the same and to the same number of items, was that the respondent was a wholesaler selling through a distributor, the appellant, which sold direct to the consumer at retail prices. There could be no affinity between the respective profits of the two firms in respect of products which the appellant did in fact sell and those that the respondent might have sold in the same market during the three-year period because the respondent would be selling at wholesale prices and the appellant at retail prices which would involve a considerable distributor's or resale mark-up, as, for example, a 47 per cent mark-up in 1968 as noted by Anderson in his evidence. (The mark-ups for 1967 and 1969, estimated by Anderson, were 52 per cent and 45 per cent respectively, and he regarded the mark-ups for the three years as reasonable.) Thus, their respective costs were different and their respective selling and administrative expenses were different.

Anderson's figures for Thermidaire's projected sales for 1967 to 1969 inclusive were the figures for Clarke's actual retail sales in that period less the resale mark-up. To take 1967 by way of illustration, Clarke's retail sales in that year of Thermidaire products had a value of \$159,667.83,

tant en des sommes de \$78,739.80 en 1967, \$93,609.25 en 1968 et \$67,100 en 1969. Par contraste, les bénéfices nets de l'appelante pour les trois années en ce qui concerne les ventes de produits concurrents semblent avoir été insignifiants, si tant est qu'il y en a eu. Il y a eu une perte nette de plus de \$17,000 en 1967 et des gains nets de quelque 18,000 dollars en 1968. Aucun chiffre de gain net n'a été donné pour 1969, mais prenant le chiffre de \$67,100 comme bénéfices bruts d'exploitation pour cette année-là (comme l'a montré le témoignage d'Anderson) les bénéfices nets, calculés d'après toute évaluation raisonnable de frais déductibles, n'ont pu être très élevés. Les bénéfices bruts d'exploitation de l'intimée Thermidaire durant cette période, si elle avait vendu les unités ou produits que Clarke avait vendus au cours de la même période, auraient été de \$110,270, et c'est là la somme que montre la pièce 72. La raison de la disparité entre les bénéfices bruts d'exploitation de l'appelante et de l'intimée, par référence aux mêmes produits et aux mêmes quantités de produits, était que l'intimée était un grossiste vendant par l'entremise d'un distributeur, l'appelante, qui vendait directement aux consommateurs aux prix du détail. Il ne pouvait y avoir d'affinité entre les bénéfices respectifs des deux firmes relativement à des produits que l'appelante a effectivement vendus et à ceux que l'intimée aurait pu vendre sur le même marché durant la période de trois ans car l'intimée vend au prix du gros et l'appelante, elle, vend à des prix de détail comportant une majoration de distributeur ou détaillant considérable, comme, par exemple, une majoration de 47 pour cent en 1968 comme l'a noté Anderson dans son témoignage. (Les majorations de 1967 et 1969, selon l'estimation d'Anderson, étaient de 52 pour cent et 45 pour cent respectivement, et il a considéré les majorations des trois années comme des majorations raisonnables.) Ainsi, leurs coûts respectifs étaient différents et leurs frais de vente et d'administration étaient différents.

Les chiffres d'Anderson pour les ventes projetées de Thermidaire pour 1967 à 1969 inclusivement étaient les chiffres afférents aux ventes au détail réelles de Clarke au cours de cette période moins la majoration de revente. Pour prendre 1967 comme exemple, les ventes au détail de Clarke

which less the mark-up left the sum of \$102,154. From this sum Anderson deducted Thermidaire's cost of sales to arrive at gross profit and then deducted expenses to arrive at net profit for the year. His formula for determining cost of sales was based on an examination of the respondent's financial statements for the years 1967 to 1969 and a finding that the cost was a certain percentage of the selling price, namely 30.37 per cent for 1967 and until September 1968 and 24.65 per cent for the remainder of 1968 and for all of 1969. The lower percentage was because the respondent began to sell its own manufactured products in October 1968. The percentages were applied to the retail sale figures of the appellant's sales (not deducting the resale mark-up) and thus a figure was obtained of the estimated cost of sales.

The estimated net profit loss of \$92,017 was vigorously attacked by the appellant, and with some justification. For example, there appears to have been some dispute as to whether Anderson's calculations were based solely on so-called competitive products or included others that were not differentiated in the appellant's financial statements. I need say no more about it here other than that it represented an estimate that was as favourable as such an exercise could be to the party that commissioned it. Because of the views of the courts below that gross trading profits were recoverable it was unnecessary for them to inquire into the merit of the sum put forward as the estimated loss of net profits.

I think it well to emphasize that the estimated actual loss of \$92,017 and the estimated loss of gross trading profits of \$239,449.05 are sums which relate to the entire three-year post-contract period during which the covenant not to compete was operative. Had the court been called upon to deal with the question of liquidated damages or penalty at or shortly after the time that the con-

durant cette année-là en ce qui a trait aux produits de Thermidaire avaient une valeur de \$159,667.83, ce qui, une fois la majoration déduite, laissait la somme de \$102,154. De cette somme Anderson a déduit le coût des ventes de Thermidaire pour arriver aux bénéfices bruts et ensuite il a déduit les frais pour arriver aux bénéfices nets de l'année. Sa formule pour déterminer le coût des ventes était basée sur un examen des états financiers de l'intimée pour les années 1967 à 1969 et une constatation selon laquelle le coût représentait un certain pourcentage du prix de vente, soit 30.37 pour cent pour 1967 et jusqu'à septembre 1968 et 24.65 pour cent pour le reste de 1968 et pour toute l'année de 1969. Le pourcentage inférieur est dû au fait que l'intimée a commencé à vendre ses propres produits manufacturés en octobre 1968. Les pourcentages ont été appliqués aux chiffres de ventes au détail de l'appelante (majoration de revente non déduite) et ainsi il en est arrivé à un coût des ventes estimatif.

La perte de bénéfices nets estimative au montant de \$92,017 a été vigoureusement contestée par l'appelante, et avec quelque justification. Par exemple, il semble qu'il y ait eu quelque dispute quant à savoir si les calculs d'Anderson étaient basés uniquement sur les produits qu'on a appelés les produits concurrents ou s'ils en incluaient d'autres qui n'étaient pas différenciés dans les états financiers de l'appelante. Je n'ai pas ici à en dire davantage sur ce chiffre si ce n'est qu'il représentait une estimation qui était aussi favorable qu'une telle enquête pouvait l'être pour la partie qu'il l'avait commandée. A cause des vues des cours d'instance inférieure selon lesquelles les bénéfices bruts d'exploitation étaient recouvrables il ne leur a pas été nécessaire de rechercher le bien-fondé de la somme avancée comme perte estimative de bénéfices nets.

Je crois qu'il est bon de souligner que la perte réelle estimative de \$92,017, ainsi que le chiffre estimatif de \$239,449.05 pour la perte de bénéfices bruts d'exploitation, sont des sommes qui se rapportent à la totalité des trois années post-contractuelles durant lesquelles s'est appliqué la clause de non-concurrence. Si le tribunal avait été appelé à trancher la question des dommages liquidés ou de

tract was lawfully terminated neither the actual loss nor the gross trading profits would have been in any substantial figure, a result that would be fortified, and indeed secured, if an interlocutory injunction had been sought and granted. No such injunction was, however, even sought, and hence the continuation of the breach to the end of the post-contract covenant period yielded the high figures to which reference has been made.

Had a single sum been fixed as a pre-estimate in the amount of some \$200,000, it is impossible to think that the court would not have concluded that an *in terrorem* penalty had been fixed at the time of the contract. Moreover, to regard that sum as being equally claimable for a breach that lasted for a short time as well as for a breach which continued over the entire covenant period would be an unreasonable conclusion. The question that arises here however is whether the same appreciation should prevail in a case where the quantum of damages, actually suffered or claimable, depends on the length of time over which the covenantor continues to be in breach of its covenant.

Should the respondent here be faulted then because it did not seek an interim injunction when it filed its counterclaim on April 25, 1967, some three months after it terminated the contract, or because it did not thereafter seek an interlocutory injunction until trial through which to stanch the flow of damages measured by gross trading profits? There is no doubt that a covenantee cannot have both an injunction during the covenant period and damages based on a breach of covenant for the entire period where they are based on a formula. There is case law holding that where a fixed sum is stipulated as the liquidated damages upon a breach, the covenantee cannot have both the damages and an injunction but must elect between the two remedies: see *General Accident Assurance Corp. v. Noel*³; *Wirth and Hamid Booking Inc. v. Wirth*⁴. I do not however read these cases as excluding damages for past loss by reason of the breach, but only as precluding recovery of the

la pénalité à l'époque où le contrat a été licitement résilié ou peu de temps après, ni la perte réelle ni les bénéfices bruts d'exploitation n'auraient été d'un chiffre élevé, un résultat qui serait renforcé, voir assuré, si une injonction interlocutoire avait été demandée et obtenue. Aucune semblable injonction n'a, cependant, été même demandée, et par conséquent la continuation de la violation jusqu'à la fin de la période de la clause post-contractuelle a produit les chiffres élevés déjà mentionnés.

Si une estimation préétablie avait été fixée à une somme unique d'un montant d'environ \$200,000, il est impossible de penser que le tribunal n'aurait pas conclu qu'une pénalité *in terrorem* avait été fixée au moment du contrat. De plus, considérer cette somme comme étant exigible de façon égale tant pour une violation de courte durée que pour une violation qui s'est poursuivie durant toute la période de la clause serait une conclusion déraisonnable. La question qui se pose ici cependant est de savoir si la même appréciation devrait prévaloir dans un cas où le montant des dommages, effectivement subis ou pour lesquels on peut réclamer, dépend de la durée pendant laquelle le débiteur continue de violer son engagement.

Faudrait-il donc ici tenir rigueur à l'intimée de n'avoir pas cherché à obtenir une injonction provisoire lorsqu'elle a déposé sa demande reconventionnelle le 25 avril 1967, quelque trois mois après qu'elle eut résilié le contrat, ou de n'avoir pas ensuite cherché à obtenir une injonction interlocutoire jusqu'au procès de façon à arrêter le flux des dommages mesurés par les bénéfices bruts d'exploitation? Il ne fait pas de doute qu'un créancier ne peut obtenir à la fois une injonction durant la période de la clause et des dommages-intérêts fondés sur une violation toute la période durant lorsque ceux-ci sont basés sur une formule. Il est des arrêts qui ont décidé que lorsqu'une somme fixe est stipulée pour valoir comme montant de dommages liquidés lors d'une violation, le créancier ne peut avoir à la fois les dommages-intérêts et une injonction mais doit choisir entre les deux recours: voir *General Accident Assurance Corp. v. Noel*³; *Wirth and Hamid Booking Inc. v. Wirth*⁴.

³ [1902] 1 K.B. 377.

⁴ (1934), 192 N.E. 297.

³ [1902] 1 K.B. 377.

⁴ (1934), 192, N.E. 297.

liquidated amount referable to breach in the future which that amount was designed to cover and against which an injunction has been granted. By not seeking an interim or interlocutory injunction, the respondent gives some support to the proposition that it was more profitable to it to let the default of the appellant continue. On the other hand, the appellant accepted the risk of being held liable for gross trading profits by continuing to be in breach for the entire post-contract period of the covenant's operation.

In this state of affairs, I think the proper course is to look at the situation (as in fact it was at the time of the trial) as one where each party was content to have the issue of liquidated damages or penalty determined according to the consequences of a breach over the entire period of the covenant. The appellant cannot, of course, escape liability for at least the damages which a court would fix if called upon to do so. Should it be so called upon in this case by a holding that to allow recovery of gross trading profits would be to impose a penalty and not to give compensation in a situation where calculation of damages is difficult and incapable of precise determination? I would answer this question (and I do it after anxious consideration) in the affirmative.

I do not ignore a factor or factors in connection with breach of a covenant not to compete that are not as easily measured in dollars as are gross trading profits and net profits but which nonetheless have a value. These entered into the consideration of the Ontario Court of Appeal, and they were mentioned in Anderson's evidence, as follows:

Q. Now I want you to make two assumptions before answering the question I am going to put to you. The first assumption is, assume that Thermidaire

Je n'interprète pas toutefois ces arrêts comme excluant des dommages-intérêts pour une perte passée qui est due à la violation, mais seulement comme empêchant le recouvrement du montant liquidé se rapportant à la violation ultérieure que ce montant était destiné à couvrir et contre laquelle une injonction a été accordée. En ne cherchant pas à obtenir une injonction provisoire ou interlocutoire, l'intimée donne un certain appui à la proposition selon laquelle il était plus profitable pour elle de laisser continuer le manquement de l'appelante. D'un autre côté, l'appelante a accepté le risque d'être tenue responsable des bénéfices bruts d'exploitation en continuant la violation pour toute la période post-contractuelle durant laquelle s'est appliquée la clause.

Devant cet état de choses, je pense que la façon régulière de procéder est de voir la situation (ainsi qu'elle était effectivement au moment du procès) comme une situation où chaque partie était satisfaite de faire décider la question des dommages liquidés ou de la pénalité en conformité des conséquences qui interviennent lorsqu'une violation se poursuit toute la période durant. L'appelante ne peut, bien entendu, éviter d'être responsable d'au moins les dommages-intérêts que fixerait un tribunal s'il était appelé à le faire. Celui-ci devait-il être ainsi appelé à le faire en l'espèce par suite d'une décision statuant que permettre le recouvrement des bénéfices bruts d'exploitation serait imposer une pénalité et non octroyer une indemnisation quand le calcul des dommages-intérêts est difficile et non susceptible d'évaluation précise? Je répondrais à cette question (et je le fais après mûre réflexion) par l'affirmative.

Je n'oublie pas les facteurs qui relativement aux violations de clauses de non-concurrence ne sont pas aussi facilement mesurables en dollars que le sont les bénéfices bruts d'exploitation et les bénéfices nets mais n'en n'ont pas moins une valeur. Ce facteur ou ces facteurs ont été étudiés par la Cour d'appel de l'Ontario, et ils ont été mentionnés dans le témoignage d'Anderson, comme suit:

[TRADUCTION] Q. Maintenant je veux que vous fassiez deux hypothèses avant de répondre à la question que je vais vous poser. La première, supposez

properly terminated Exhibit 3 for cause, and secondly, assume that Clarke sold products competitive with Thermidaire products during the three year period. In your opinion what harm would Thermidaire suffer as a result of Clarke's competition during that three year period, assuming he did compete?

- A. During the three year period he would suffer lost profits, because without that competition presumably he would have had more sales, with very few additional costs, inasmuch as he would have had access to an established market, that had been vacated. Now after the three year period the loss would continue because he doesn't have a group of customers that he might otherwise have had, and this loss is virtually incalculable—it would be very, very difficult to calculate without having more information.
- Q. Well, what additional information would assist you in making such a calculation?
- A. Information out of the books of H. F. Clarke Co. Ltd., product analysis, customer analysis—this type of information—so that we would know perhaps where we would be selling where we are not now, or where Thermidaire would be selling where it is not now—so that profit margin and so on could be actually computed; these factors would help.
- Q. Well, with this information, even with this information, how would you describe the task of calculating the dollar value of the harm done as you have described it?
- A. Very, very difficult.
- Q. Are there any intangibles in such a calculation?
- A. Yes, there are. The basic intangibles are, what harm has been done to Thermidaire for the lack of its name being before the public, its stature in the market place—this type of injury. I would say it would be an exceedingly difficult task to arrive with any degree of certainty at a figure.

When regard is had, on the one hand, to the market situation with which the respondent had to contend before the appellant became its distributor, and, on the other hand, to the position of the

que Thermidaire a régulièrement résilié la pièce numéro 3 pour cause, et la deuxième, supposez que Clarke a vendu des produits faisant concurrence aux produits de Thermidaire au cours de la période de trois ans. A votre avis quel préjudice Thermidaire souffrirait-elle par suite de la concurrence de Clarke durant cette période de trois ans, en supposant que Clarke ait fait concurrence?

- R. Durant la période de trois ans elle perdrait des bénéfices, parce que sans cette concurrence il est à présumer qu'elle aurait fait plus de ventes, avec beaucoup moins de frais additionnels, dans la mesure où elle aurait eu accès à un marché établi, qui avait été laissé vacant. Maintenant, après la période de trois ans la perte continuerait parce qu'elle n'a pas la clientèle qu'elle aurait pu avoir, et cette perte est pratiquement incalculable—elle serait très, très difficile à calculer sans posséder plus de détails.
- Q. Eh bien, quels détails additionnels seraient susceptibles de vous aider dans un tel calcul?
- R. Des données provenant des livres de H.F. Clarke Co. Ltd., analyse de produits, analyse de clientèle—ce genre de données—de sorte que nous saurions peut-être où des ventes seraient possibles là où il n'y en a pas actuellement, ou à quel endroit Thermidaire ferait des ventes là où elle n'en fait pas actuellement—de sorte que la marge de profit et le reste pourrait être effectivement calculé; ces facteurs aideraient.
- Q. Eh bien, avec ces données, même avec ces données, comment décririez-vous la tâche de calculer la valeur en dollars du préjudice causé tel que vous l'avez décrit?
- R. Très, très difficile.
- Q. Y a-t-il des éléments intangibles dans un tel calcul?
- R. Oui, il y en a. Les éléments intangibles fondamentaux sont, quel préjudice a été causé à Thermidaire par suite du fait que son nom n'a pas été connu du public, sa stature sur le marché—ce genre de dommage. Je dirais qu'il serait excessivement difficile d'arriver à un chiffre avec un degré quelconque de certitude.

Lorsqu'on tient compte, d'un côté, de la situation de marché avec laquelle l'intimée avait à se débattre avant que l'appelante ne devienne son distributeur, et, de l'autre côté, de la position du distribu-

distributor as itself an already known firm in that market, the respondent is undoubtedly entitled to an allowance for what it has termed loss of product identification and goodwill and for depreciation of its customer and trade relations during the three-year period of unlawful competition by the appellant. This allowance cannot, however, be assessed on the basis that ignores completely the existence of the appellant. Whatever it may turn out to be, as related to and as in addition to the estimated net profit loss of \$92,017, in my opinion it cannot, because of the difficulty of putting a figure on it, lend the necessary support to make the gross trading profits of \$239,449.05 an acceptable measure of liquidated damages.

I regard the exaction of gross trading profits as a penalty in this case because it is, in my opinion, a grossly excessive and punitive response to the problem to which it was addressed; and the fact that the appellant subscribed to it, and may have been foolish to do so, does not mean that it should be left to rue its unwisdom. *Snell's Principles of Equity* (27th ed. 1973), at p. 535 states the applicable doctrine as follows:

The sum will be held to be a penalty if it is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.

This proposition comes from a statement by Lord Halsbury in the House of Lords in *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. Ltd. v. Don⁵ José Ramos Yzquierdo y Castaneda*⁵, at p. 10, and was reiterated by Lord Dunedin in *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*⁶, at p. 87. I do not think that it loses its force in cases where there is difficulty of exact calculation or pre-estimation when the stipulation for liquidated damages, as in this case, is disproportionate and unreasonable when compared with the damages sustained or which would be recoverable through an action in the courts for breach of the covenant in question: see 25 *Corpus*

⁵ [1905] A.C. 6.

⁶ [1915] A.C. 79.

teur en tant qu'entreprise elle-même déjà connue sur ce marché, l'intimée a sans aucun doute droit à quelque chose pour ce qu'elle a appelé perte d'identification du produit et de clientèle et pour la dépréciation de ses relations auprès des clients et dans le commerce durant les trois années de la concurrence illicite de l'appelante. Ce quelque chose ne peut, cependant, être évalué en prenant une base qui méconnaît complètement l'existence de l'appelante. Quoi qu'il s'avère être, en tant qu'élément relié et additionné à la perte de bénéfices nets estimative de \$92,017, à mon avis il ne peut, à cause de la difficulté de lui attribuer un chiffre, prêter l'appui nécessaire pour que les bénéfices bruts d'exploitation de \$239,449.05 deviennent une mesure acceptable de dommages liquidés.

Je considère l'exaction de bénéfices bruts d'exploitation comme une pénalité en l'espèce parce qu'elle est, à mon avis, une réponse grossièrement excessive et punitive à la difficulté à laquelle elle se réfère; et le fait que l'appelante y ait souscrit, et puisse avoir été très mal avisée de le faire, ne veut pas dire qu'elle devrait n'avoir d'autre recours que de s'en prendre à son manque de sagesse. L'ouvrage *Snell's Principles of Equity* (27^e ed. 1973), à la p. 535, énonce la théorie applicable comme suit:

[TRADUCTION] La somme sera jugée être une pénalité si elle est extravagante et exorbitante en comparaison de la plus grande perte qui pourrait concevablement être prouvée comme conséquence de la violation.

Ce principe provient de l'énoncé qu'a fait Lord Halsbury dans la Chambre des Lords dans l'arrêt *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. Ltd. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda*⁵, à la p. 10, et a été réitéré par Lord Dunedin dans l'arrêt *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*⁶, à la p. 87. Je ne pense pas qu'il perde de sa force dans des affaires où un calcul exact, ou une estimation anticipée, s'avèrent difficiles, quand la stipulation prévoyant des dommages liquidés est, comme c'est le cas ici, disproportionnée et déraisonnable en comparaison des dommages subis ou qui seraient recouvrables en justice pour violation de la clause en question:

⁵ [1905] A.C. 6.

⁶ [1915] A.C. 79.

Juris Secundum, s. 108, pp. 1051ff. The fact that the highest amount put forward by the respondent as its actual loss was \$92,017 is plainly indicative of the disproportion that resides in the exaction of gross trading profits of \$239,449.05.

I would characterize the exaction of gross trading profits for a three-year period as a penalty and not as giving rise to a sum claimable as compensation by way of liquidated damages. The respondent is, however, entitled to recover its provable damages for the breach of covenant, and I would direct a reference to the Master at Toronto, Ontario to enable it to make its proof of all elements entering into such damages.

The appellant urged in this Court, as it did below, that sales of certain products ought not to be taken into account because they were not Thermidaire products within the terms of the contract. On this point I am in agreement with the courts below which rejected this submission.

In the result, I would allow the appeal on what I have called the main issue, set aside the judgments below and in their place I would direct judgment for the respondent for damages for breach of the covenants not to compete with a reference to the Master at Toronto, Ontario, to ascertain the damages. The appellant should have its costs in this Court and in the Ontario Court of Appeal. The respondent should have the costs of the trial and of the reference as ordered by the trial judge.

The judgment of Martland and Dickson J.J. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—I am in agreement with the unanimous reasons of the Court of Appeal for Ontario delivered by Brooke J.A. and, accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, MARTLAND and DICKSON J.J. dissenting.

voir 25 *Corpus Juris Secundum*, art. 108, pp. 1051 et suiv. Le fait que le plus haut montant que l'intimée ait avancé à titre de perte réelle soit de \$92,017 est un indice clair de la disproportion qui réside dans l'exaction de bénéfices bruts d'exploitation de \$239,449.05.

Je dirais que l'exaction de bénéfices bruts d'exploitation pour une période de trois ans constitue une pénalité et non pas une somme qu'on peut réclamer comme indemnité à titre de dommages-intérêts liquidés. L'intimée a, cependant, le droit de recouvrer ses dommages prouvables découlant de la violation de la clause, et je suis d'avis d'ordonner qu'il y ait renvoi au Master à Toronto, Ontario, afin qu'elle puisse faire sa preuve de tous les éléments qui sont inclus dans de tels dommages.

L'appelante a fait valoir devant cette Cour, comme elle l'a fait en instance inférieure, que les ventes de certains produits ne devraient pas être prises en ligne de compte parce qu'il ne s'agissait pas de produits de Thermidaire au sens des termes du contrat. Sur ce point je suis d'accord avec les cours d'instance inférieure, lesquelles ont rejeté cette prétention.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce que j'ai appelé la question principale, d'infirmer les jugements des cours d'instance inférieure et en remplacement d'iceux d'ordonner que jugement soit rendu en faveur de l'intimée pour les dommages-intérêts imputables à la violation des clauses de non-concurrence, avec renvoi au Master à Toronto, Ontario, pour appréciation des dommages. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel de l'Ontario. L'intimée a droit aux dépens du procès et du renvoi comme l'a ordonné le juge de première instance.

Le jugement des juges Martland et Dickson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Je souscris aux motifs unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario rédigés par le juge Brooke et, par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

Appel accueilli avec dépens, les juges MARTLAND et DICKSON étaient dissidents.

Solicitors for the appellant: Gardiner, Roberts, Toronto.

Solicitors for the respondent: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

1974: December 16; 1975: January 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, and Spence J.J.

MOTION ON COSTS

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—I am in favour of granting the applicant's, Thermidaire's, motion to provide that there should be no costs to either party in this Court or in the Court of Appeal for Ontario.

Application allowed.

NOTE: A motion to vary the order as to costs and the reference as to damages was subsequently allowed by the Court (coram: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie and Spence J.J.) on March 26, 1975. The order of the Court was as follows:

The motion to vary the order as to costs of the trial and costs of the reference as to damages is allowed without costs, and there will be an order directing that if the damages of the respondent are assessed at more than the amount paid in by the appellant in satisfaction thereof the respondent shall have the costs of the trial but if the damages are assessed at no more than the payment in the respondent shall have the costs of the trial to the date of payment in and the appellant shall have the costs of the trial thereafter. The costs of the reference as to damages shall be in the discretion of the Master.

David H. Sandler, for the motion.

John J. Fitzpatrick, Q.C., contra.

Procureurs de l'appelante: Gardiner, Roberts, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

1974: le 16 décembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie et Spence.

REQUÊTE POUR ADJUDICATION DE DEPENS

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Je suis d'accord pour faire droit à la requête de Thermidaire. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'une ou l'autre des parties en cette Cour et en Cour d'appel de l'Ontario.

Demande accueillie.

NOTE: La Cour a par la suite accueilli une requête en modification de l'ordonnance concernant les dépens et du renvoi sur les dommages-intérêts (coram: le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie et Spence.) le 26 mars 1975. Voici l'ordonnance de la Cour:

La requête en modification de l'ordonnance concernant les dépens de première instance et les dépens du renvoi sur les dommages, est accueillie sans dépens, et il sera ordonné que si les dommages de l'intimée sont évalués à plus que le montant payé par l'appelante en acquittement de ces derniers l'intimée aura droit aux dépens de première instance mais que si les dommages sont évalués à pas plus que le paiement effectué l'intimée aura droit aux dépens de première instance à la date du paiement et l'appelante aux dépens de première instance depuis le paiement. Les dépens du renvoi sur les dommages sont laissés à la discrétion du Master.

David H. Sandler, pour la requête.

John J. Fitzpatrick, c.r., contra.

The Canadian Imperial Bank of Commerce
Appellant;

and

Eric Campbell, Trustee in Bankruptcy of the Estate of Joseph A. Smith *Respondent.*

1975: February 10; 1975: March 7.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Spence, Pigeon and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND IN BANCO

Creditor and debtor—Assignment—Bankruptcy—General assignment of debts to bank—Construction—Ejusdem generis rule—Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 50(5).

By what purported to be a general assignment S assigned to the appellant bank "all debts, accounts, claims, moneys and choses in action which now are or which may at any time hereafter be due or owing to or owned by the undersigned and also all securities, bills, notes and other documents now held or owned or which may be hereafter taken, held or owned by the undersigned . . .". On the subsequent sale by S of his stock and machinery, S deposited the balance of the proceeds, after deduction of the auctioneers' fees and payments on liens affecting the articles sold, with his solicitor who made certain payments on account and deducted his fees. S filed a proposal under the *Bankruptcy Act*, this was rejected by the creditors and C was elected trustee in bankruptcy. Both the appellant bank and C demanded from the solicitor the balance of the bankrupt's funds which he had in hand. The solicitor paid the funds into Court and when the bank applied for payment the question was referred for consideration to the Supreme Court *in banco* which held that the bank's claim must fail and that the funds fell to the estate for distribution in bankruptcy.

Held: The appeal should be dismissed.

The funds, although held by the solicitor in his trust account for Joseph A. Smith were, in effect, in the possession of S, and therefore not moneys to which the general assignment applied. The word "moneys" which appeared in the general assignment had to be construed *ejusdem generis* with the words "debts, accounts, and

La Banque Canadienne Impériale de Commerce *Appelante;*

et

Eric Campbell, syndic de faillite de l'actif de Joseph A. Smith *Intimé.*

1975: le 10 février; 1975: le 7 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Spence, Pigeon et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE DU PRINCE-ÉDOUARD IN BANCO

Créancier et débiteur—Cession—Faillite—Cession générale des créances à la banque—Interprétation—Règle ejusdem generis—Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, c. B-3, art. 50(5).

Par ce qui était censé être une cession générale, S a cédé à la banque appelante «toutes les créances, tous les comptes, toutes les réclamations, toutes les sommes d'argent et tous les droits incorporels qui sont actuellement dûs ou qui pourraient par la suite être dûs au(x) soussigné(s) ou qui sont ou qui pourraient être possédés par lui(eux), et aussi toutes les valeurs et lettres et tous les billets et autres documents maintenant détenus ou possédés par le(s) soussigné(s) . . .». Après avoir subséquemment vendu son matériel et son bétail, et après avoir payé, à même le produit de cette vente, les honoraires de l'encanteur et certaines sommes d'argent pour purger des privilèges grevant des objets de cette vente, S a remis le solde du produit de la vente à son avocat qui a payé partiellement certaines créances et qui a déduit ses honoraires. S a ensuite déposé une proposition concordataire en vertu de la *Loi sur la faillite*. Cette proposition a été rejetée par les créanciers et C a été nommé syndic de l'actif du failli. La banque appelante et C ont tous les deux demandé à l'avocat du failli de remettre les sommes d'argent appartenant au failli qu'il avait en main. Ce dernier a consigné ces sommes à la Cour et lorsque la banque a déposé sa requête en paiement, celle-ci fut soumise à l'examen de la Cour suprême *In Banco*. Cette dernière a rejeté la réclamation de la banque et a ordonné que les sommes fassent partie de l'actif pour être distribuées aux créanciers du failli.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Bien que les sommes fussent détenues en fiducie pour Joseph A. Smith par son avocat, elles étaient en réalité en possession de S, de sorte que la cession générale n'a pas eu d'effet sur ces sommes d'argent. Les mots «sommes d'argent» qui apparaissent dans la cession générale doivent être interprétés *ejusdem generis* avec

claims" which preceded it and the words "choses in action" which followed it.

Kent Steel Products Ltd. et al. v. Arlington Management Consultants Ltd. et al., [1967] S.C.R. 497; *Re McKay & Maxwell, Limited* (1927), 8 C.B.R. 534; *In re Christensen* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 324; *In re Empire Traction Company, Limited*, [1920] 3 W.W.R. 515; *Jewel Construction Co. Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, [1972] 4 W.W.R. 20 distinguished.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Prince Edward Island *in banco*¹ on questions of law referred to it by the Vice-Chancellor. Appeal dismissed.

James W. Garrow, for the appellant.

Allan K. Scales, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Supreme Court of Prince Edward Island *In Banco* pronounced on February 27, 1973.

On November 26, 1969, Joseph A. Smith gave to the Canadian Imperial Bank of Commerce at Charlottetown, Prince Edward Island, what purported to be a general assignment of accounts, bills, securities, etc. I quote that general assignment in full:

<p>General Assignment of Accounts, Bills, Securities, Etc.</p>	<p>Address of Assignee(1)</p>	<p>Canadian Imperial Bank of Commerce Charlottetown, P.E.I.</p>
--	-----------------------------------	---

Assignment executed this ... 26th ... day of ... Nov. 19. 69.

The undersigned (2) Joseph A. Smith
(Full Name)

of Millview Queens County Prince Edward Island
(Street) (City) (Province)

hereby assign(s) and transfer(s) to CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE, (hereinafter called the "Bank"), as a general and continuing collateral security for payment of all existing and future indebtedness and liability of the undersigned to the Bank,

¹ *Sub nom. Re Smith's Estate* (1973), 4 Nfld. & P.E.I.R. 221...

les mots «créances», «comptes» et «réclamations» qui viennent avant et avec les mots «droits incorporels» qui viennent après.

Distinction faite avec les arrêts: *Kent Steel Products Ltd. et al. c. Arlington Management Consultants Ltd. et al.*, [1967] R. C. S. 497; *Re McKay & Maxwell, Limited* (1927), 8 C.B.R. 534; *In re Christensen* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 324; *In re Empire Traction Company, Limited*, [1920] 3 W.W.R. 515; *Jewel Construction Co. Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, [1972] 4 W.W.R. 20.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour suprême de l'Île du Prince-Édouard *In Banco*¹ portant sur des questions de droit soumises par le Vice-Chancelier. Pourvoi rejeté.

James W. Garrow, pour l'appelante.

Allan K. Scales, c.r., pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard *In Banco*, rendu le 27 février 1973.

Le 26 novembre 1969, Joseph A. Smith a donné à la Banque canadienne impériale de commerce à Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard) ce qui était censé être une cession générale de créances, comptes, valeurs, etc. Je cite textuellement cette cession générale:

[TRADUCTION]

<p>Cession générale de créances, de comptes, de valeurs, etc.</p>	<p>Adresse du cession- naire(1)</p>	<p>Banque canadienne impériale de commerce Charlottetown, Î.P.É.</p>
---	---	--

Cession signée ce 26ième ... jour de ... nov. 19. 69.

Le(s) soussigné(s) (2) Joseph A. Smith

de Millview comté de Queens Île-du-Prince-Édouard ...
(rue) (ville) (province)

par les présentes cède(nt) et transfère(nt) à la BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE (ci-après appelée la Banque), comme garantie subsidiaire générale et permanente pour le paiement de toutes les dettes et obligations présentes et futures

¹ *Sub nom. Re Smith's Estate* (1973), 4 Nfld. & P.E.I.R. 221.

wheresoever and howsoever incurred and any ultimate unpaid balance thereof, and as a first and prior claim upon the assigned premises, all debts, accounts, claims, moneys and choses in action which now are or which may at any time hereafter be due or owing to or owned by the undersigned, and also all securities, bills, notes and other documents now held or owned or which may be hereafter taken, held or owned by the undersigned or anyone on behalf of the undersigned in respect of the said debts, accounts, claims, moneys and choses in action or any part thereof, and also all books and papers recording, evidencing or relating to said debts, accounts, claims, moneys and choses in action or any part thereof.

PROVIDED ALWAYS that until default by the undersigned in payment of all or any part of the indebtedness and liability of the undersigned to the Bank, or until notice by the Bank to the undersigned to cease so doing (which notice shall be deemed to have been given when an envelope containing it addressed to the undersigned at the address given above for the undersigned is deposited, postage prepaid, in the Post Office), the undersigned may continue to collect, get in, and deal with said debts, accounts, claims, moneys and choses in action in the ordinary course of the business of the undersigned, but not otherwise.

After giving the aforesaid notice or should the undersigned make default in the payment of all or any part of the indebtedness and liability of the undersigned to the Bank, the Bank may collect, realize or otherwise deal with the assigned premises in such manner and at such time or times as may seem to it advisable and (in case of such default) without notice to the undersigned, and any moneys received by the undersigned in respect of the assigned premises after such default or notice shall be received as trustee for the Bank and shall be forthwith paid over to the Bank by the undersigned. The amounts collected may be applied on account of such parts of the indebtedness and liability of the undersigned as to the Bank seems best without prejudice to its claims upon the undersigned for any deficiency. The Bank may grant extensions, take and give up securities, accept compositions, grant releases and discharges, and otherwise deal with the debtors of the undersigned and others and with the assigned premises and other securities as the Bank

du(des) soussigné(s) envers la Banque, quelqu'en soient la nature et la source et jusqu'au paiement complet de tout solde sur lesdites dettes et obligations, et en lui donnant un premier privilège sur les garanties cédées, toutes les créances, tous les comptes, toutes les réclamations, toutes les sommes d'argent et tous les droits incorporels qui sont actuellement dûs ou pourraient par la suite être dûs au(x) soussigné(s) ou qui sont ou qui pourraient être possédés par lui(eux), et aussi toutes les valeurs et lettres et tous les billets et autres documents maintenant détenus ou possédés ou qui pourront par la suite être détenus ou possédés par le(s) soussigné(s) ou par toute personne agissant comme son(leur) préposé à l'égard de ces créances, comptes, réclamations, sommes d'argent et droits incorporels ou toute partie d'iceux, et aussi tous les livres et papiers constatant ou prouvant ces créances, comptes, réclamations, sommes d'argent et droits incorporels ou toute partie d'iceux, ou s'y rapportant de quelque façon.

Sous réserve toutefois que tant que le(s) soussigné(s) ne sera(seront) pas en défaut dans le paiement de toutes ou d'une partie de ses(leurs) dettes et obligations envers la Banque, ou tant que la Banque ne l'(les) aura pas avisé(s) de cesser (ledit avis sera censé avoir été donné lorsque l'enveloppe le contenant, adressée au(x) soussigné(s) à l'adresse mentionnée ci-dessus, aura été déposée, dûment affranchie, au bureau de poste), il(ils) pourra(pourront) continuer à faire les opérations pour percevoir et recouvrer ces créances, comptes, réclamations, sommes d'argent et droits incorporels et faire des transactions s'y rapportant, dans le cours des activités habituelles de l'entreprise du(des) soussigné(s) mais non autrement.

Après que l'avis mentionné ci-dessus a été donné ou si le(s) soussigné(s) est(sont) en défaut du paiement de toutes les dettes et obligations envers la Banque ou d'une partie d'icelles, la Banque peut percevoir ou réaliser les garanties qui lui ont été cédées ou en disposer autrement de la façon et au moment qu'elle juge à propos et (dans le cas de défaut) sans devoir en avertir le(s) soussigné(s) et toutes les sommes reçues par le(s) soussigné(s) relativement aux garanties cédées après tel défaut ou tel avis seront reçues en fidéicommiss pour la Banque et seront immédiatement versées à la Banque par le(s) soussigné(s). Les montants perçus peuvent être imputés à telle partie des dettes et obligations du(des) soussigné(s) comme la Banque le juge à propos, sans porter préjudice à ses réclamations contre le(s) soussigné(s) pour tout solde. La Banque peut accorder des délais, prendre des garanties ou y renoncer, accepter des compromis, octroyer des libérations et des quittances et agir de toute autre façon à l'égard des débiteurs du(des) soussigné(s)

may see fit, without prejudice to the liability of the undersigned or the Bank's right to hold and realize this security.

The Bank shall not be liable or accountable for any failure to collect, realize or obtain payment of the assigned premises or any part thereof and the Bank shall not be bound to institute proceedings for the purpose of collecting, realizing, or obtaining payment of the assigned premises or any part thereof or for the purpose of preserving any rights of the Bank, the undersigned or any other person in respect of the same. The Bank may charge on its own behalf and also pay to others reasonable sums for expenses incurred and for services rendered (expressly including legal advices and services) in or in connection with collecting, realizing and/or obtaining payment of the assigned premises or any part thereof and may add the amount of such sums to the indebtedness of the undersigned.

The undersigned shall from time to time forthwith on the Bank's request furnish to the Bank in writing all information requested relating to the aforesaid debts, accounts, claims, moneys and choses in action and the aforesaid securities, bills, notes, books, papers and other documents and the Bank shall be entitled from time to time to inspect such securities, bills, notes, books, papers and other documents and make copies thereof and for such purpose the Bank shall have access to all premises occupied by the undersigned.

WITNESS the hand and seal of the undersigned on the day, month and year first set forth above.

Witness: [signature illegible] Joseph A. Smith

The assignment was filed in the office of the Prothonotary in Charlottetown on December 1, 1969, as document No. 4081.

On April 28, 1971, Joseph A. Smith had an auction sale of his stock and machinery. The proceeds from the sale of the stock and equipment totalled \$27,774.50. The auctioneer deducted his fees of \$833 and then Joseph A. Smith made certain payments on liens of articles which had been sold at the sale and from which the liens had to be cleared in order to give purchasers full title to these articles. The balance of \$21,850.30 Joseph A. Smith deposited with his solicitor, Frederick A. Large, Q.C., of Charlottetown. Mr. Large made certain payments on account, deducted his fees and then rendered his account to Joseph A. Smith

et des tiers ainsi que des garanties cédées et autres valeurs, comme elle le juge à propos, sans préjudice de la responsabilité du(des) soussigné(s) ou du droit de la Banque de retenir et de réaliser la présente garantie.

La Banque ne sera pas tenue ni obligée de rendre compte d'aucun défaut à percevoir, à réaliser ou à faire payer les garanties cédées ou toute partie d'icelles, et elle ne sera pas tenue d'intenter des poursuites en vue de percevoir, de réaliser ou de faire payer les garanties cédées ou partie d'icelles ou en vue de conserver les droits de la Banque, du(des) soussigné(s) ou de toute autre personne relativement à ces mêmes garanties. La Banque peut débiter à son propre compte, et aussi payer à d'autres personnes, des montants raisonnables pour services rendus et frais engagés (y compris expressément les avis et services d'avocat) en percevant, réalisant ou faisant payer les garanties cédées ou toute partie d'icelles, et elle peut ajouter ces montants à la dette du(des) soussigné(s).

Le(s) soussigné(s) devra(vent) de temps à autre, s'il(s) en est(ont) requis par la Banque, fournir à celle-ci immédiatement par écrit tous les renseignements demandés concernant les créances, comptes, réclamations, sommes d'argent et droits incorporels susdits ainsi que les valeurs, lettres, billets, livres, papiers et autres documents et en faire des copies et, à cette fin, la Banque aura accès à tous les lieux occupés par le(s) soussigné(s).

En foi de quoi le(s) soussigné(s) a(ont) apposé sa(leur) signature et son(leur) sceau.

Témoin: [signature illisible] (s) Joseph A. Smith

La cession a été déposée au bureau du protonotaire de Charlottetown le 1^{er} décembre 1969, sous le document n° 4081.

Le 28 avril 1971, Joseph A. Smith a vendu à l'enchère son matériel et son bétail. Le produit total de cette vente a été de \$27,774.50. L'encanteur a déduit ses honoraires de \$833 et Joseph A. Smith a ensuite versé certaines sommes d'argent pour purger des privilèges qui grevaient des objets qui avaient été vendus à l'enchère afin de donner aux acheteurs un titre incontestable sur ces objets. Joseph A. Smith a remis le solde de \$21,850.30 entre les mains de son avocat, Frederick A. Large, c.r., de Charlottetown. M^e Large a payé partiellement certaines créances, a déduit ses honoraires et il a ensuite rendu compte à Joseph A. Smith indiquant un solde de \$14,238.70 à son crédit.

showing that he held for Mr. Smith a credit balance of \$14,238.70.

A few days after the sale, to wit, on May 3, 1971, the Manager of the Canadian Imperial Bank of Commerce wrote to Mr. Joseph A. Smith as follows:

May 3, 1971

Mr. Joseph A. Smith
Millview
P.E.I.

Dear Mr. Smith:

Under our floating charge over all accounts receivable by virtue of an assignment given this Bank by you under date of November 26, 1969 and registered in the office of the Prothonotary as Number 4081 on December 1, 1969, you are formally notified of our rights to the total amount owing you by whosoever and whomsoever.

You are, therefore, required to pay into this Bank all and any moneys collected.

You are also required to furnish us with a list of the names of all persons indebted to you and the amount of the debt.

By virtue of our charge under Section 88 of the Bank Act over all agricultural implements as defined in the Bank Act, we require you to furnish us with complete details of implements sold by auction on April 28, i.e. name of implement, name of buyer and the selling price.

Yours truly,
D. M. Carruthers
Manager

Although this letter refers to s. 88 of the *Bank Act*, counsel are agreed that that section has no application to the present litigation.

On June 30, 1971, Joseph A. Smith filed a proposal under the *Bankruptcy Act*. A general meeting of creditors was held on July 15, 1971, and the creditors rejected the proposal which had been filed by Joseph A. Smith. Elric Campbell was elected trustee of the estate of Joseph A. Smith in bankruptcy. On that 15th day of July 1971, Elric Campbell, as trustee in bankruptcy, demanded from Mr. Large the payment of the bankrupt's funds which he, Mr. Large, had in hand. On the 27th of July, the solicitor for the Canadian Imperi-

Quelques jours après la vente, soit le 3 mai 1971, le directeur de la Banque canadienne impériale de commerce a écrit à M. Joseph A. Smith:

[TRADUCTION]

le 3 mai 1971

M. Joseph A. Smith
Millview
I.P.E.

Monsieur Smith,

En vertu de notre garantie flottante sur tous vos comptes à recevoir conformément à la cession que vous avez faite à cette Banque le 26 novembre 1969 et laquelle a été enregistrée au bureau du protonotaire sous le numéro 4081, le 1^{er} décembre 1969, vous êtes par la présente expressément avisé de nos droits au montant total qui vous est dû par qui que ce soit.

Par conséquent, vous êtes requis de payer à cette Banque toutes les sommes d'argent que vous avez perçues.

Vous devez également nous faire parvenir une liste de tous vos débiteurs ainsi que le montant qui vous est dû par chacun.

En vertu de notre garantie, conformément à l'article 88 de la *Loi sur les Banques*, sur toutes les installations agricoles, telles que définies à la *Loi sur les Banques*, nous exigeons que vous nous fassiez parvenir un état spécifié des installations vendues à la vente aux enchères le 28 avril 1971, c.-à-d. quelles sont les installations qui ont été vendues, le nom des acheteurs et le prix de vente.

Bien à vous,
D. M. Carruthers
Directeur

Bien que cette lettre renvoie à l'art. 88 de la *Loi sur les Banques*, les avocats ont convenu que cet article ne s'appliquait pas au présent litige.

Le 30 juin 1971, Joseph A. Smith a déposé une proposition concordataire en vertu de la *Loi sur la faillite*. Une assemblée générale des créanciers a eu lieu le 15 juillet 1971 et les créanciers ont rejeté la proposition qui avait été déposée par Joseph A. Smith. Elric Campbell a été nommé syndic de l'actif de Joseph A. Smith, failli. Le 15 juillet 1971, Elric Campbell, à titre de syndic de faillite, a exigé que M^e Large lui remette les sommes d'argent appartenant au failli que l'avocat avait en main. Le 27 juillet, l'avocat de la Banque cana-

al Bank of Commerce made the same demand upon Mr. Large.

Mr. Large, therefore, paid into the Court of Chancery of Prince Edward Island, on July 29, 1971, the sum of \$14,238.70, the credit balance shown on his account with the bankrupt, and later an additional sum of \$450, making a total of \$14,688.70. In his affidavit sworn on August 2, 1971, Mr. Large deposed that these moneys had been held by him in trust arising out of the solicitor and client relationship between himself and Joseph A. Smith and that the persons interested in the fund were the following:

The Canadian Imperial Bank of Commerce, Charlottetown,
Austin A. Scales, c/o Island Fertilizers Inc., Charlotte-
town, and
Elric Campbell, Trustee in Bankruptcy.

The Canadian Imperial Bank of Commerce, by its petition and notice, both dated September 18, 1972, applied for an order setting down for hearing the application of the Canadian Imperial Bank of Commerce for payment out to it of the money then on deposit in court. Notice of his application was given to the solicitor for Mr. Elric Campbell, the trustee in bankruptcy of Joseph A. Smith.

By his order made on November 1, 1972, the Vice-Chancellor ordered that there be reserved for the consideration of the Supreme Court *In Banco*, under s. 19(2) of *The Judicature Act*, the following questions:

- (a) Whether the said sum of FOURTEEN THOUSAND, SIX HUNDRED AND EIGHTY-EIGHT DOLLARS AND SEVENTY CENTS (\$14,688.70) and accrued interest thereon, which is now in the Court of Chancery, shall be paid to the Canadian Imperial Bank of Commerce in pursuance of its assignment of book debts made by the said Joseph A. Smith, dated the 26th day of November, A.D. 1969.
- (b) Whether the Canadian Imperial Bank of Commerce is a secured creditor of the estate of the said Joseph A. Smith under the Bankruptcy Act by virtue of its assignment of book debts as aforesaid and is entitled to be paid the money and interest thereon which has been paid into the Court of Chancery by Frederick A. Large, either directly to

dienne impériale de commerce a adressé la même requête à M^e Large.

Par conséquent, le 29 juillet 1971, M^e Large a consigné à la Cour de chancellerie de l'Île du Prince-Édouard la somme de \$14,238.70, soit le solde créateur au compte du failli, et plus tard, un montant additionnel de \$450, pour un total de \$14,688.70. Dans sa déclaration assermentée du 2 août 1971, M^e Large a déclaré qu'il détenait ces sommes en fiducie, après avoir agi en qualité d'avocat pour M. Joseph A. Smith et que les personnes y ayant un intérêt étaient les suivantes:

La Banque canadienne impériale de commerce, Charlottetown,
Austin A. Scales, c/o Island Fertilizers Inc., Charlotte-
town, et
Elric Campbell, syndic de faillite.

La Banque canadienne impériale de commerce, dans sa requête et son avis, tous deux en date du 18 septembre 1972, a demandé une ordonnance afin que soit fixée l'audition d'une demande de la Banque canadienne impériale de commerce en vue d'obtenir que lui soient remises les sommes d'argent consignées à la Cour. Cette requête a été signifiée à l'avocat de M. Elric Campbell, le syndic de faillite de Joseph A. Smith.

Dans une ordonnance rendue le 1^{er} novembre 1972, le vice-chancelier a ordonné que soit soumis à l'examen de la Cour suprême *In Banco*, en vertu du par. (2) de l'art. 19 du *Judicature Act* les questions suivantes:

- (a) Est-ce que ladite somme de QUATORZE MILLE SIX CENT QUATRE-VINGT-HUIT DOLLARS ET SOIXANTE DIX CENTS (\$14,688.70) et les intérêts accumulés sur ladite somme, qui est consignée en Cour de chancellerie, doit être payée à la Banque canadienne impériale de commerce en vertu de la cession de créances comptables faite en sa faveur par ledit Joseph A. Smith, en date du 26 novembre 1969?
- (b) La Banque canadienne impériale de commerce a-t-elle une créance garantie sur les biens dudit Joseph A. Smith aux termes de la Loi sur la faillite en vertu de la cession de créances comptables mentionnée ci-dessus et a-t-elle le droit d'obtenir le paiement de la somme d'argent et des intérêts sur ladite somme, laquelle a été consignée en Cour de

it by the Court of Chancery or through the Trustee in Bankruptcy.

Section 49(1) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, provides:

49. (1) Upon the filing of a proposal made by an insolvent person or upon the bankruptcy of any debtor, no creditor with a claim provable in bankruptcy shall have any remedy against the debtor or his property or shall commence or continue any action, execution or other proceedings for the recovery of a claim provable in bankruptcy until the trustee has been discharged or until the proposal has been refused, unless with the leave of the court and on such terms as the court may impose.

The appellant could have chosen to proceed by s. 50 but did not do so and took the present proceedings, which are undoubtedly within the words "or other proceedings", without leave.

Since the order made on the application, *i.e.*, the order of the Vice-Chancellor referring the questions to the Court *in Banco*, was made by one of the members of the Supreme Court of Prince Edward Island, and since by s. 153(1)(c) the Supreme Court of Prince Edward Island is described as the Court in Bankruptcy for that province, I am ready to find an implied leave to the Canadian Imperial Bank of Commerce to take the procedure against the trustee.

Counsel for the appellant at the commencement of the argument in this Court referred to the fact that the appellant had not obtained leave to appeal from the decision of the Supreme Court of Prince Edward Island *In Banco* and to the decision of this Court in *Kent Steel Products et al. v. Arlington Management Consultants Ltd. et al.*², and was doubtful whether he should not have asked for leave of a judge of this Court in accordance with the Bankruptcy Rules. *Kent Steel* was concerned with the provisions of the *Bankruptcy Act* when s. 151 of the Act provided:

² [1967] S.C.R. 497.

chancellerie par Frederick A. Large, soit que ladite somme lui soit payée directement par la Cour de chancellerie ou par l'intermédiaire du syndic de faillite.

Le par. (1) de l'art. 49 de la *Loi sur la faillite*, S. R. C. 1970, c. B-3, prévoit:

49. (1) Lors de la déposition d'une proposition faite par une personne insolvable ou lors de la faillite de tout débiteur, aucun créancier ayant une réclamation prouvable en matière de faillite n'a de recours contre le débiteur ou contre ses biens, ni ne doit tenter ou continuer une action, exécution ou autres procédures pour le recouvrement d'une réclamation prouvable en matière de faillite, tant que le syndic n'a pas été libéré ou que la proposition n'a pas été refusée, sauf avec l'autorisation du tribunal et aux conditions que ce dernier peut imposer.

L'appelante aurait pu choisir de procéder en vertu de l'art. 50 mais elle ne l'a pas fait et a intenté sans autorisation, les présentes procédures qui sont sans aucun doute incluses dans les mots «ou autres procédures».

Puisque l'ordonnance rendue sur la requête, c.-à-d. l'ordonnance du vice-chancelier déférant les questions en litige à la Cour *In Banco*, a été rendue par un des membres de la Cour suprême de l'Île du Prince-Édouard, et puisque l'al. c) du par. (1) de l'art. 153 désigne la Cour suprême de l'Île du Prince-Édouard comme le tribunal compétent en matière de faillite en cette province, je suis disposé à conclure que la Banque canadienne impériale de commerce a obtenu une autorisation implicite d'intenter la procédure contre le syndic.

L'avocat de l'appelante, au début de sa plaidoirie en cette Cour, a mentionné le fait que l'appelante n'avait pas obtenu l'autorisation d'en appeler de la décision de la Cour suprême de l'Île du Prince-Édouard *In Banco* ainsi que le jugement de cette Cour dans *Kent Steel Products et al. c. Arlington Management Consultants Ltd. et al.*², et il se demandait s'il n'aurait pas dû demander l'autorisation d'en appeler à un juge de cette Cour conformément aux Règles sur la faillite. L'arrêt *Kent Steel* concernait les dispositions de la *Loi sur la faillite* alors que l'art. 151 de la Loi prévoyait:

² [1967] R.C.S. 497.

The decision of the Court of Appeal upon any appeal is final and conclusive unless special leave to appeal therefrom to the Supreme Court of Canada is obtained from a judge of that court.

The section, in those exact words, appears as s. 164 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, but an amendment was wrought by the provisions of c. 44 of the Statutes of Canada 1969-70 which appears as the first supplement to the Revised Statutes of Canada 1970 so that s. 151 now provides:

The decision of the Court of Appeal upon any appeal is final and conclusive unless special leave to appeal therefrom to the Supreme Court of Canada is granted by that court.

It is noted, therefore, that the application for leave to appeal no longer goes to a judge of this Court but to the Court and I am of the opinion that the procedure in reference to such an application for leave to appeal is governed by the Rules of this Court as to the granting of leave.

Both parties were present on the appeal. The respondent Elric Campbell had made no objection prior to the argument of the appeal as to the failure to obtain leave and upon the argument made no objection to leave, if necessary, being granted. I would, therefore, be ready to grant leave *nunc pro tunc* in order to consider this appeal upon the merits.

The Supreme Court of Prince Edward Island *In Banco* held that the bank's claim to entitlement of the moneys on deposit in the court must fail and ordered that the sum of \$14,688.70 form part of the assets of the estate of Joseph A. Smith for distribution in bankruptcy. It is this disposition which is the subject of the present appeal.

The document purports to be a general assignment of accounts and by its words Smith assigned and transferred to the Canadian Imperial Bank of Commerce "all debts, accounts, claims, moneys and choses in action which now are or which may at any time hereafter be due or owing to or owned by the undersigned and also all securities, bills, notes and other documents now held or owned or

La décision de la Cour d'appel sur tout appel est définitive et péremptoire, sauf autorisation spéciale, obtenue d'un juge de la Cour suprême du Canada, d'en appeler à cette Cour.

Cet article est reproduit textuellement à l'art. 164 de la *Loi sur la faillite*, S. R.C. 1970, c. B-3, mais une modification a été apportée par les dispositions du c. 44 des Statuts du Canada, 1969-70, lesquelles apparaissent dans le premier Supplément des Statuts révisés du Canada 1970, de sorte que cet art. 151 se lit maintenant comme suit:

La décision de la Cour d'appel sur tout appel est définitive et péremptoire, sauf autorisation spéciale, accordée par la Cour suprême du Canada, d'en appeler à cette Cour.

Ainsi, la demande d'autorisation d'appel n'est plus adressée à un juge de cette Cour mais à la Cour et je suis d'avis que la procédure à l'égard d'une telle demande d'autorisation d'appeler est régie par les Règles de cette Cour relatives à l'autorisation d'en appeler.

Les deux parties étaient présentes à l'audition de l'appel. Avant les plaidoiries, l'intimé Elric Campbell ne s'est pas opposé au défaut d'autorisation et, au cours des plaidoiries, il ne s'est pas opposé à ce que l'autorisation soit accordée si elle s'avérait nécessaire. Par conséquent, je suis prêt à accorder l'autorisation *nunc pro tunc* afin de statuer sur le fond de la présente affaire.

La Cour suprême de l'Île du Prince-Édouard *In Banco* a décidé que le droit de la banque sur l'argent consigné à la Cour n'était pas fondé et elle a ordonné que la somme de \$14,688.70 fasse partie de l'actif de Joseph A. Smith pour être distribuée aux créanciers du failli. C'est cette décision qui fait l'objet du présent pourvoi.

Le document est censé être une cession générale de comptes et, selon ses termes, Smith a cédé et transféré à la Banque canadienne impériale de commerce «toutes les créances, tous les comptes, toutes les réclamations, toutes les sommes d'argent et tous les droits incorporels qui sont actuellement dûs ou pourraient par la suite être dûs au(x) soussigné(s) ou qui sont ou qui pourraient être

which may be hereafter taken, held or owned by the undersigned . . .”.

The proceeds of the auction sale of the various articles were paid by the auctioneer to Smith on April 28, 1971.

The so-called general assignment of accounts, by its terms, permitted the bank to give notice to Joseph A. Smith to cease doing business in the ordinary course but permitted Smith to continue to collect, get in, and deal with the said debts, etc., in the ordinary course of business but not otherwise until the receipt of the said notice. The letter which I have quoted from the manager of the bank to Joseph A. Smith was dated May 3, 1971. This was after the said Joseph A. Smith had received the proceeds of the auction sale from the auctioneer and had deposited those proceeds with his solicitor. The evidence does not disclose that immediately before that notice was served any money was due and payable to the bank. Trainor C.J. giving the reasons for judgment of the Supreme Court of Prince Edward Island made a specific finding to the effect:

Again, as to the rights of the Bank based on default, there was no evidence that on the 28th day of April or on the 3rd day of May 1971 Smith was, in fact, in default in his payment due to the Bank.

In so far as the general assignment purports to be an assignment of debts due to Smith or any claims or demands which Smith would have on anyone else, I am in agreement with the Supreme Court of Prince Edward Island *In Banco* in finding nothing to which the assignment would apply. Various authorities were cited to this Court including *In re McKay & Maxwell, Limited, The Canadian Imperial Bank of Commerce v. Trustee*³, *In re Christensen*⁴, *In re Empire Traction Company, Limited*⁵, and the *Kent Steel Products* case *supra* as it was in the Court of

possédés par lui(eux), et aussi toutes les valeurs et lettres et tous les billets et autres documents maintenant détenus ou possédés ou qui pourront par la suite être détenus ou possédés par le(s) soussigné(s) . . .».

Le 28 avril 1971, l'encanteur a remis à Smith le produit de la vente à l'enchère des différents objets.

Selon ses termes, la prétendue cession générale des comptes permettait à la banque d'aviser Joseph A. Smith de cesser les activités habituelles de son entreprise mais permettait à Smith de continuer à faire les opérations pour percevoir et recouvrer lesdites dettes, et à faire des transactions s'y rapportant, dans le cours des activités habituelles de l'entreprise, mais non autrement, tant qu'il n'avait pas reçu ledit avis. La lettre du directeur de banque à Joseph A. Smith, que j'ai citée, était en date du 3 mai 1971, soit après que ledit Joseph A. Smith eut reçu le produit de la vente aux enchères de l'encanteur et qu'il l'eut remis à son avocat. La preuve ne démontre pas qu'immédiatement avant l'envoi de l'avis, il y avait un certain montant dû et payable à la banque. Le juge en chef Trainor a rédigé les motifs du jugement de la Cour suprême de l'Île du Prince-Édouard et il a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] De plus, quant aux droits de la Banque basés sur le défaut, il n'y a aucune preuve que le 28 avril ou le 3 mai 1971, Smith était, de fait en défaut dans ses paiements dus à la banque.

Dans la mesure où la cession générale est réputée être une cession des dettes dues à Smith ou des réclamations que Smith aurait pu avoir contre des tiers, je suis d'accord avec la Cour suprême de l'Île du Prince-Édouard *In Banco* et je ne trouve rien qui pourrait être visé par la cession. Divers précédents ont été cités à cette Cour y compris les arrêts *In re McKay & Maxwell, Limited, The Canadian Imperial Bank of Commerce v. Trustee*³, *In re Christensen*⁴, *In re Empire Traction Company, Limited*⁵, ainsi que l'affaire *Kent Steel Products supra* dont l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba

³ (1927), 8 C.B.R. 534.

⁴ (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 324.

⁵ [1920] 3 W.W.R. 515.

³ (1927), 8 C.B.R. 534.

⁴ (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 324.

⁵ [1920] 3 W.W.R. 515.

Appeal for Manitoba, 59 W.W.R. 182, and in the Queen's Bench of Manitoba, 58 W.W.R. 1.

These are all cases which deal with some sort of a debt to the assignor or where the assignor had a right to make a claim or demand and do not apply to the present case where the assignor had, at the date the notice was served and when he made his assignment in bankruptcy, certain moneys. These moneys, although held by the solicitor in his trust account for Joseph A. Smith, in my view, were just as much in his possession as if they had been in his own pocket.

The reasons for judgment of Trainor C.J. for the Supreme Court of Prince Edward Island *In Banco* deal only with this element of the appellant's claim and I agree with the conclusion at which he arrived for that Court that the general assignment did not attach to the moneys.

Counsel for the appellant in this Court stressed the words in the assignment "moneys" and "owing to or owned by the undersigned" as having the effect of transferring the property in all moneys owned by the assignor to the assignee so soon as notice was served in accordance with the terms of the assignment and cited in support of such submission *Jewel Construction Co. Ltd. v. Bank of Nova Scotia*⁶. That was a decision of Anderson J. in the Supreme Court of British Columbia (in Bankruptcy). The decision deals with a land mortgage properly registered and with a sum of money held by the solicitor for the bankrupt in trust to secure certain mechanics liens. The holders of the said mechanics liens did not proceed to action within the time limited by the statute and therefore the money was not required for that purpose. The major portion of the reasons of Anderson J. is concerned with the land mortgage but at p. 22 he said:

⁶ [1972] 4 W.W.R. 20.

est publié à 59 W. W. R. 382 et le jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba à 58 W. W. R. 1.

Toutes ces affaires qui traitent soit de diverses dettes dues au cédant soit de cas où le cédant était en droit de faire une réclamation ou d'exiger un paiement, ne s'appliquent pas en l'espèce où le cédant avait en sa possession, à la date où l'avis lui a été expédié et lorsqu'il a fait sa cession en faillite, certaines sommes d'argent. Ces sommes d'argent, bien que détenues par l'avocat dans son compte en fidéicommis au nom de Joseph A. Smith, était, à mon avis, autant en possession de ce dernier que s'il les avait eues en main propre.

Les motifs du jugement du juge en chef Trainor de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard *In Banco* traitent seulement de cet aspect de la demande de l'appelante et je souscris à la conclusion qu'il a tirée au nom de la Cour, que la cession générale n'a pas eu d'effet sur les sommes d'argent.

L'avocat de l'appelante en cette Cour a appuyé sur les mots «sommes d'argent» et «dûs au(x) sous-signé(s) ou possédés par lui(eux)» que l'on trouve dans la cession et qui auraient eu pour effet de transférer au cessionnaire toutes les sommes d'argent possédées par le cédant dès qu'un avis était signifié conformément aux conditions de la cession et, à l'appui de sa prétention, il a cité *Jewel Construction Co. Ltd. v. Bank of Nova Scotia*⁶, une décision du juge Anderson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (siégeant en matière de faillite). Elle traite d'une hypothèque dûment enregistrée et d'une somme d'argent détenue en fidéicommis par l'avocat du failli pour garantir certains privilèges de constructeur. Les détenteurs desdits privilèges n'avaient pas intenté d'action dans le délai prescrit par la loi et par conséquent les sommes d'argent n'étaient plus requises à cette fin. Les motifs du juge Anderson se rapportent surtout à la question de l'hypothèque, mais il dit à la p. 22:

⁶ [1972] 4 W.W.R. 20.

Mr. Stevenson was kind enough to submit a memorandum containing other relevant authorities and I adopt his submission as follows:

and then set out in quotation marks the counsel's memorandum including the following paragraph:

With respect to the sum of \$1,000.00 held in Court and in Mr. Neen's trust account, the *Arnold, Cohen and Eastern Trust* cases referred to above, together with the cases of *Re Christensen* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 324 (Ont.), and *Kent Steel Products Ltd. v. Arlington Management Consultants*, 59 W.W.R. 382, 62 D.L.R. (2d) 502, appeal quashed [1967] S.C.R. 497, 61 W.W.R. 119, 10 C.B.R. (N.S.) 92, 62 D.L.R. (2d) 638, deal with various types of funds, and generally hold that the type of wording used in the subject Assignment is broad enough to cover such funds.

The cases cited by counsel to Anderson J. were cases of a debt due to the assignor or an assignor's right to make a claim or demand upon a third party. I take the view that the word "moneys" which appears in the general assignment must be read *ejusdem generis* with the words "debts", "accounts" and "claims" which words precede it and the words "choses in action" which follow it, so that the document was not intended to apply and does not apply to moneys which are in the possession of the assignor, and that the provision in a subsequent paragraph of the general assignment "and any moneys received by the undersigned in respect of the assigned premises after such default or notice shall be received as trustee for the bank and shall be forthwith paid over to the bank by the undersigned" does not apply because the moneys were received by the bankrupt prior to the notice. I, therefore, am unwilling to accept the decision in *Jewel Construction Co. Ltd. v. Bank of Nova Scotia, supra*.

Section 50, subs. (5) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, provides:

50. (5) On a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and subject to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change

[TRADUCTION] M. Stevenson a eu l'amabilité de soumettre un exposé contenant d'autres précédents pertinents et j'accepte sa prétention qui se lit comme suit:

et ensuite il cite entre guillemets l'exposé de l'avocat dont le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Quant à la somme de \$1,000.00 détenue en Cour et dans le compte en fidéicomis de M. Neen, les arrêts *Arnold, Cohen et Eastern Trust* mentionnés ci-dessus ainsi que les arrêts *Re Christensen* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 324 (Ont.), et *Kent Steel Products Ltd. v. Arlington Management Consultants*, 59 W.W.R. 382, 62 D.L.R. (2d) 502, infirmé en appel [1967] R.C.S. 497, 61 W.W.R. 119, 10 C.B.R. (N.S.) 92, 62 D.L.R. (2d) 638, traitent de diverses sortes de fonds, et en général, ils concluent que le texte employé dans la cession faisant l'objet du litige, est assez général pour englober ces différents fonds.

Dans les arrêts cités par l'avocat au juge Anderson, il s'agissait soit d'une dette due au cédant, soit d'un droit qu'avait le cédant de réclamer d'un tiers. Je considère que les mots «sommes d'argent» qui apparaissent dans la cession générale doivent être interprétés *ejusdem generis* avec les mots «créances», «comptes» et «réclamations» qui viennent avant et avec les mots «droits incorporels» qui viennent après. Ainsi, le document n'avait pas pour but de s'appliquer et ne s'applique pas aux sommes d'argent qui sont en possession du cédant et la disposition dans un paragraphe subséquent de la cession générale «et toutes les sommes reçues par le(s) soussigné(s) relativement aux garanties cédées après tel défaut ou tel avis seront reçues en fidéicomis pour la Banque et seront immédiatement versées à la Banque par le(s) soussigné(s)» ne s'applique pas parce que les sommes d'argent ont été reçues par le failli avant l'avis. Par conséquent, je ne puis accepter la décision rendue dans *Jewel Construction Co. Ltd. v. Bank of Nova Scotia, supra*.

Le par. (5) de l'art. 50 de la *Loi sur la faillite* S.R.C. 1970, c. B-3 prévoit:

50. (5) Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue, ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel, un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sauf les dispositions de la présente loi et sous réserve des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance de séquestre ou

of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

In my view, that section applies to the moneys which were in the hands of the solicitor for Joseph A. Smith, a bankrupt, and which were paid by the said solicitor into the Supreme Court of Prince Edward Island in Chancery and that therefore the order of the Supreme Court of Prince Edward Island *In Banco* that the sum of \$14,688.70 now in the Court of Chancery forms part of the assets of the estate of Joseph A. Smith for distribution in bankruptcy was correct.

I would dismiss the appeal and affirm the order of the Supreme Court of Prince Edward Island *In Banco*. The trustee is entitled to his costs of this appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Farmer, Dalzell & Farmer, Charlottetown.

Solicitors for the respondent: Scales, MacMillan & Ghiz, Charlottetown.

dans la cession, et advenant un changement de syndic, les biens passent de syndic à syndic sans transport, cession ni transfert quelconque.

A mon avis, cet article s'applique aux sommes d'argent qui étaient entre les mains de l'avocat de Joseph A. Smith, un failli, et qui ont été consignées par ledit avocat à la Division de chancellerie de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard et par conséquent, l'ordonnance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard *In Banco* que la somme de \$14,688.70 maintenant à la Cour de chancellerie fasse partie de l'actif de Joseph A. Smith pour être distribuée aux créanciers du failli, était valide.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard *In Banco*. Le syndic a droit à ses dépens en ce pourvoi.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Farmer, Dalzell & Farmer, Charlottetown.

Procureurs de l'intimé: Scales, MacMillan & Ghiz, Charlottetown.

Carrie O. Gilles *Appellant*;

and

Myrtle Althouse and Phyllis Martin,
executrices of the last will and testament of
Michael Gilles, deceased *Respondents*.

1974: December 12; 1975: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
 SASKATCHEWAN

Executors and administrators—Assets of estate distributed—Subsequent application by widow for relief made within limitation period—Court entitled to make order for maintenance—The Dependants' Relief Act, R.S.S. 1965, c. 128, ss. 14, 15, 16.

The deceased died on July 31, 1971, leaving surviving a widow, from whom he had been separated since 1952, and two daughters. By his last will and testament he devised and bequeathed the whole of his estate to his daughters in equal shares and appointed them executrices of his will. Letters probate were granted on August 18, 1971. On August 24, 1971, the executrices distributed all of the assets of the estate to themselves in accordance with the terms of the will. On September 3, 1971, the widow, pursuant to the provisions of *The Dependants' Relief Act*, R.S.S. 1965, c. 128, brought a motion in the Court of Queen's Bench for an order making reasonable provision for her maintenance out of the estate of her late husband. Johnson J. exercised his discretion in favour of the widow and directed that she receive the entire estate after payment of expenses and costs. An appeal brought by the executrices was allowed by the Court of Appeal for Saskatchewan. The Court of Appeal concluded that an order for maintenance could not be made as the estate had been fully administered and, therefore, there was no estate against which to charge an order for maintenance. The widow appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The meaning and effect of s. 15 of *The Dependants' Relief Act* is to afford an applicant a period of six months after probate within which to obtain an order as to the entire estate, but if he or she delays and makes application after expiry of the six-month period the claim can only be against the portion of the estate then remaining undistributed. Such a construction is consonant with the provisions of s. 14. The effect of that section is to amend the will retroactively. When the

Carrie O. Gilles *Appelante*;

et

Myrtle Althouse et Phyllis Martin, à Titre
d'Exécutrices Testamentaires de Feu
Michael Gilles *Intimées*.

1974: le 12 décembre; 1975: le 13 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
 SASKATCHEWAN

Exécuteurs et administrateurs—Partage des biens de la succession—Demande subséquente de pension déposée par la veuve dans les délais prévus—Le tribunal peut rendre une ordonnance d'entretien—The Dependants' Relief Act, R.S.S. 1965, c. 128, art. 14, 15 et 16.

Le défunt est décédé le 31 juillet 1971, laissant comme survivants une veuve de qui il vivait séparé depuis 1952, et deux filles. Par testament, il a légué tous ses biens à ses filles, à part égale, et il les a nommées exécutrices testamentaires. Les lettres d'homologation ont été accordées le 18 août 1971. Le 24 août 1971, les exécutrices se sont partagées entre elles tous les biens de succession conformément aux dispositions du testament. Le 3 septembre 1971, la veuve a présenté une requête en vertu des dispositions du *Dependants' Relief Act*, R.S.S. 1965, c. 128, devant la Cour du Banc de la Reine en vue de faire prélever sur la succession de son ancien mari une somme raisonnable pour son entretien. Le juge Johnson a statué en faveur de la veuve et il a ordonné qu'elle reçoive toute la succession après le paiement des dépenses et des frais afférents. La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel interjeté par les exécutrices. Cette dernière Cour a conclu qu'une ordonnance d'entretien ne pouvait être rendue puisque la succession avait déjà été partagée de sorte qu'il n'y avait, en fait, aucune succession contre laquelle exécuter une telle ordonnance. La veuve s'est alors pourvu devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Le sens et le but véritable de l'art. 15 du *Dependants' Relief Act* est d'accorder au requérant une période de six mois après l'homologation dans les limites de laquelle il peut obtenir une ordonnance portant sur toute la succession, mais s'il tarde et ne dépose sa demande qu'après l'expiration de la période de six mois, la réclamation ne peut porter que sur la partie de la succession qui demeure encore non partagée. Une telle interprétation est d'ailleurs compatible avec les dispositions de

order was made by Johnson J., then for all purposes the testator's will took effect from his death as if it had been executed in such manner as to leave the entire estate to the appellant.

The submission that the effect of s. 16 of the Act is such that executors are free to proceed with distribution of the estate until such time as they have notice of an application for an allowance under the Act was not accepted. The combined effect of ss. 15 and 16 is to inhibit an executor for a period of six months from distributing the assets of an estate if there is the possibility of an application under the Act; after six months the executor is free to distribute the estate unless and until he receives notice of an application under the Act.

Re Brill, [1967] 2 O.R. 586; *Re Lerwill (Deceased), Lankshear v. Public Trustee and Others*, [1955] N.Z.L.R. 858; *Re Donohue, Donohue v. Public Trustee*, [1933] N.Z.L.R. 477; *Re Simson, Simson v. National Provincial Bank, Ltd. and Others*, [1950] 1 Ch. 38; *Swain v. Dennison*, [1967] S.C.R. 7, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan¹, allowing an appeal from a judgment of Johnson J. Appeal allowed.

D. W. Baubier, for the appellant.

F. Lemieux and *M. L. Phelan*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The appeal of Mrs. Carrie O. Gilles to this Court from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan is limited to a single issue: whether a valid order can be made under *The Dependents' Relief Act*, R.S.S. 1965, c. 128, and amendments thereto, within six months from the date of probate or letters of administration or from the date of death, notwithstanding the prior distribution of the estate. The question arises upon these facts: Michael Gilles, late of the Town of Biggar and the Village of Handel, in the Province of Saskatchewan, died on July 31, 1971, leaving surviving a widow, the appellant in these proceedings, from whom he had been separated since 1952, and two daughters, Myrtle Althouse and

l'art. 14. Cet article a pour effet de modifier rétroactivement le testament. Lorsque le juge Johnson a rendu l'ordonnance, le testament du défunt a alors, à toutes fins, pris effet à compter de son décès comme si le testament avait été exécuté de façon à léguer toute la succession à l'appelante.

L'allégation selon laquelle il découle de l'art. 16 de la Loi que les exécuteurs sont libres de procéder au partage de la succession jusqu'à ce qu'ils reçoivent avis qu'une demande de pension a été présentée en vertu de la Loi, n'a pas été acceptée. L'article 16 doit être lu en regard de l'art. 15, ce qui a pour résultat d'empêcher l'exécuteur de partager les biens de la succession pour une période de six mois s'il y a possibilité qu'une demande soit présentée en vertu de la Loi; après ces six mois, l'exécuteur est libre de partager la succession à moins de recevoir un avis de demande en vertu de la Loi.

Arrêts mentionnés: *Re Brill*, [1967] 2 O.R. 586; *Re Lerwill (Deceased) Lankshear v. Public Trustee and Others*, [1955] N.Z.L.R. 858; *Re Donohue, Donohue v. Public Trustee*, [1933] N.Z.L.R. 477; *Re Simson, Simson v. National Provincial Bank, Ltd. and Others*, [1950] 1 Ch. 38; *Swain c. Dennison*, [1967] R.C.S. 7.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan¹ accueillant un appel d'un jugement du juge Johnson. Pourvoi accueilli.

D. W. Baubier, pour l'appelante.

F. Lemieux et *M. L. Phelan*, pour les intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Le pourvoi interjeté par M^{me} Carrie O. Gilles à cette Cour à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan ne porte que sur une seule question: est-ce qu'une ordonnance peut être valablement rendue en vertu du *Dependents' Relief Act*, R.S.S. 1965, c. 128 et de ses modifications, dans les six mois de la date d'homologation ou de l'émission des lettres d'administration ou de la date du décès, nonobstant le partage antérieur de la succession. Cette question découle des faits suivants: Michael Gilles, autrefois de la ville de Biggar et du village de Handel en la province de la Saskatchewan, est décédé le 31 juillet 1971, laissant comme survivants une veuve, l'appelante en cette cause, de qui il vivait séparé

¹ [1973] 4 W.W.R. 561, 37 D.L.R. (3d) 635.

¹ [1973] 4 W.W.R. 561, 37 D.L.R. (3d) 635.

Phyllis Martin, the respondents in these proceedings. By his last will and testament, Mr. Gilles devised and bequeathed the whole of his estate to his daughters in equal shares and appointed them executrices of his will. The value of the estate was \$18,014. Letters probate were granted by the Surrogate Court at the Judicial Centre of Battleford on August 18, 1971. On August 24, 1971, less than one month after the death of Mr. Gilles, the executrices distributed all of the assets of the estate to themselves in accordance with the terms of the will. On September 3, 1971, Mrs. Gilles, pursuant to the provisions of *The Dependents' Relief Act*, brought a motion in the Court of Queen's Bench for an order making reasonable provision for her maintenance out of the estate of her late husband. Johnson J. exercised his discretion in favour of Mrs. Gilles and directed she receive the entire estate after payment of proper expenses and costs. The Court of Appeal for Saskatchewan allowed an appeal brought by the executrices. The Court of Appeal concluded that an order for maintenance could not be made as the estate had been fully administered and, therefore, there was no estate against which to charge an order for maintenance. The judgment of the Court was delivered by Culliton C.J.S. who, in support of the conclusion reached by the Court, said:

While the Act provides that, except with leave of the Court, an application for allowance thereunder must be made within six (6) months from the grant of probate or administration, there is no restriction on the right of the executor or administrator to distribute the estate during this period. The only limitation is a prohibition to make any distribution after service of notice of an application for allowance under the Act until the disposition of the application.

In the present case, the estate was fully distributed on August 24, 1971. Notice of the application was not served on the executrices until after that date. At that time, therefore, there was no estate against which to charge an order, and, in my respectful view, for this reason no order should have been made.

Section 9(1) of the Act provides generally that if upon an application the Court is of opinion that

depuis 1952, et deux filles, Myrtle Althouse et Phyllis Martin, les intimées en cette cause. Par testament, M. Gilles a légué tous ses biens à ses filles, à part égale, et il les a nommées exécuteurs testamentaires. La valeur de son patrimoine se chiffrait à \$18,014. Les lettres d'homologation ont été accordées le 18 août 1971 par le tribunal des homologations du Centre judiciaire de Battleford. Le 24 août 1971, soit moins d'un mois après le décès de M. Gilles, les exécuteurs se sont partagées entre elles tous les biens de la succession conformément aux dispositions du testament. Le 3 septembre 1971, M^{me} Gilles a présenté une requête en vertu des dispositions du *Dependents' Relief Act* devant la Cour du Banc de la Reine en vue de faire prélever sur la succession de son ancien mari une somme raisonnable pour son entretien. Le juge Johnson a statué en faveur de M^{me} Gilles et il a ordonné qu'elle reçoive toute la succession après le paiement des dépenses et des frais afférents. La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel interjeté par les exécuteurs. Cette dernière Cour a conclu qu'une ordonnance d'entretien ne pouvait être rendue puisque la succession avait déjà été partagée de sorte qu'il n'y avait, en fait, aucune succession contre laquelle exécuter une telle ordonnance. La décision a été rendue par le juge en chef Culliton qui a ainsi étayé les conclusions de la Cour:

[TRADUCTION] Bien que la Loi prévoit, sauf sur permission de cette Cour, qu'une demande de pension faite sous son empire doit être présentée dans un délai de six (6) mois à compter de la date de l'homologation ou de l'émission des lettres d'administration, rien n'empêche l'exécuteur ou l'administrateur de partager la succession durant cette période. La seule restriction est la défense d'effectuer le partage après la signification d'un avis d'une demande de pension soumise en vertu de la Loi, tant et aussi longtemps que l'on n'aura pas statué sur cette demande.

En l'espèce, la succession a été entièrement partagée le 24 août 1971. Ce n'est qu'après cette date que l'avis de la demande a été signifié aux exécuteurs. Par conséquent, il n'y avait plus à cette époque de succession contre laquelle pouvait être exécutée une ordonnance, et, à mon humble avis, c'est pourquoi aucune ordonnance n'aurait dû être rendue.

Le paragraphe (1) de l'art. 9 de la Loi prévoit que, règle générale, si le tribunal est d'avis, sur

the testator has by will so disposed of real or personal property that reasonable provision has not been made for the maintenance of the dependant to whom the application relates, then the Court may, in its discretion, make an order charging the whole or any portion of the estate with payment of an allowance sufficient to provide such maintenance as the Court thinks reasonable in the circumstances. The argument of the respondents is simply this—if there is no estate there can be no order. It is, of course, apparent that if this submission is valid a testator could readily defeat dependants' relief legislation merely by converting his property to liquid assets and naming as executors and beneficiaries of his estate those whom he favours, to the exclusion of all others. One must look with some misgiving upon a construction which would lead to such result. Dependants' relief legislation properly recognizes that the financial responsibilities of marriage and parenthood do not always terminate at death. The legislation is intended to curb unlimited testamentary disposition to the extent of assuring reasonable provision for the maintenance of those who, in necessitous or other circumstances, have a meritorious claim on the estate of the testator or intestate. Is recovery to depend on the outcome of a race between executors on the one hand, distributing the assets of the estate, and dependants on the other hand, making application to the Court for relief? The answer to this question must of course depend upon the true construction of the Act. Sections 14(1), 15 and 16(1) are of particular application:

14. (1) Where an order is made under this Act, then for all purposes, including the purposes of enactments relating to succession duties, the will shall have effect, and shall be deemed to have had effect from the testator's death, as if it had been executed, with such variations as are specified in the order, for the purpose of giving effect to the provision for maintenance made by the order.

15. No order shall be made unless on an application made within six months from the grant of probate of the will or of administration, but the court may, if it deems

présentation d'une demande, que le testateur a disposé par son testament de ses biens meubles et immeubles de façon qu'aucune disposition raisonnable n'a été prise pour assurer l'entretien de la personne à charge qui a déposé la demande, alors le tribunal peut, à sa discrétion, ordonner que soit prélevée sur toute la succession ou sur une partie de celle-ci une pension suffisante pour assurer l'entretien jugé convenable par le tribunal dans les circonstances. Les intimées allèguent tout simplement ceci: s'il n'y a aucune succession, il ne peut pas y avoir d'ordonnance. Évidemment, il est clair que si cette allégation est valide, un testateur peut facilement contourner la loi portant sur l'assistance aux personnes à charge en convertissant tout simplement son patrimoine en argent liquide et en nommant comme exécuteurs testamentaires et légataires les gens qu'il préfère. Il faut se méfier d'une interprétation qui mènerait à un tel résultat. La loi traitant de l'assistance aux personnes à charge reconnaît justement que les responsabilités financières du mariage et de la famille ne disparaissent pas toujours au décès. Cette loi vise à enrayer les dispositions testamentaires illimitées en assurant que seront prises les mesures nécessaires à l'entretien de ceux qui, parce qu'ils sont dans le besoin ou en raison d'autres circonstances, peuvent légitimement prétendre à une part de la succession du testateur ou de l'intestat. Est-ce que le recouvrement doit dépendre du résultat de la course opposant d'une part les exécuteurs qui partagent les biens de la succession et d'autre part les personnes à charge qui présentent une demande d'assistance devant le tribunal? La réponse à cette question dépend évidemment de l'interprétation exacte de la Loi. Les articles 14(1), 15 et 16(1) sont pertinents:

[TRADUCTION] 14. (1) Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu de la présente Loi, le testament doit prendre effet, et sera réputé avoir pris effet à compter de la mort du testateur, comme s'il avait été exécuté, compte tenu des modifications énoncées dans l'ordonnance, dans le but de donner effet à la disposition portant sur l'entretien enjointe par l'ordonnance, et ce à toutes les fins, y compris celle des lois ayant trait aux droits successoraux.

15. Aucune ordonnance ne doit être rendue sauf sur demande présentée dans un délai de six mois de l'homologation ou de l'émission de lettres d'administration du

it just, allow an application to be made at any time as to any portion of the estate remaining undistributed at the date of the application.

16. (1) After service of notice of an application for an allowance under this Act the executor or trustee or the administrator shall not proceed with the distribution of the estate until the application is disposed of.

It is true, as Chief Justice Culliton observed, there is nothing in s. 15 which restricts the right of an executor or administrator to distribute an estate during the period of six months following grant of probate of the will or of administration. It is also true there is nothing in the section which expressly or impliedly authorizes him to do so. The construction which the Court of Appeal adopted, in my opinion, renders meaningless, as mere surplusage, the six-month period mentioned in s. 15; on that construction an application for relief, irrespective of the date upon which it is lodged, could only affect the portion of the estate remaining undistributed. In my view the true meaning and effect of the section is to afford an applicant a period of six months after probate within which to obtain an order as to the entire estate, but if he or she delays and makes application after expiry of the six-month period the claim can only be against the portion of the estate then remaining undistributed. Such a construction is consonant with the provisions of s. 14. The effect of that section is to amend the will retroactively. When the order was made by Johnson J., then for all purposes Mr. Gilles' will took effect from his death as if it had been executed in such manner as to leave the entire estate to the appellant, Mrs. Gilles. If, as they appear to have done, the executrices have distributed the estate in a manner contrary to the terms of the will as so varied, they will be under a duty to account.

Some further support for the construction which I would adopt is, I think, to be found in *The Infants' Act*, R.S.S. 1965, c. 342, s. 42 of which reads as follows:

testament, mais le tribunal peut, s'il le juge à propos, permettre qu'une demande soit présentée en tout temps eu égard à la part de la succession encore non partagée à la date de la demande.

16. (1) Après signification de l'avis d'une demande de pension déposée en vertu de la présente Loi, l'exécuteur, le fiduciaire ou l'administrateur ne doit pas procéder au partage de la succession jusqu'à ce que l'on ait statué sur cette demande.

Comme l'a souligné le juge en chef Culliton, il est vrai que l'art. 15 ne contient aucune restriction quant au droit d'un exécuteur ou administrateur de partager la succession durant la période de six mois qui suit l'homologation ou l'émission des lettres d'administration du testament. Il est également vrai que cet article ne contient rien qui l'y autorise expressément ou implicitement. A mon avis, l'interprétation de la Cour d'appel a pour effet de dénuer de sens la période de six mois prescrite à l'art. 15, celle-ci devenant redondante; selon cette interprétation, une demande d'assistance ne pourrait porter que sur la partie encore non partagée de la succession et ce, peu importe la date à laquelle ladite demande est déposée. Selon moi, le sens et le but véritable de cet article est d'accorder au requérant une période de six mois après l'homologation dans les limites de laquelle il peut obtenir une ordonnance portant sur toute la succession, mais s'il tarde et ne dépose sa demande qu'après l'expiration de la période de six mois, la réclamation ne peut porter que sur la partie de la succession qui demeure encore non partagée. Une telle interprétation est d'ailleurs compatible avec les dispositions de l'art. 14. Cet article a pour effet de modifier rétroactivement le testament. Lorsque le juge Johnson a rendu l'ordonnance, le testament de M. Gilles a alors, à toutes fins, pris effet à compter de son décès comme si le testament avait été exécuté de façon à léguer toute la succession à l'appelante, M^{me} Gilles. Si, comme cela semble être le cas, les executrices ont partagé la succession en ne se conformant pas aux termes du testament ainsi modifié, elles seront tenues de rendre compte.

Cette interprétation est d'ailleurs étayée, je crois, par l'art. 42 du *Infant's Act*, R.S.S. 1965, c. 342, qui se lit comme suit:

When a certificate that no infants are interested in an estate is required under *The Land Titles Act*, the right of an infant to make application for relief under *The Dependants' Relief Act* shall not be deemed an interest in an estate, for the purposes of such certificate, after six months from the grant of probate or administration, unless a judge's order has been made extending the time for such application, or the Official Guardian has reason to believe that an application is contemplated.

This section recognizes a possible dependant's relief application by an infant within six months from the date of the grant of probate and does not contemplate abbreviation of that period by earlier distribution of the estate.

Counsel for the respondents placed reliance on s. 16 of *The Dependants' Relief Act*, *supra*. Counsel submitted that the effect of this section is such that executors are free to proceed with distribution of the estate until such time as they have notice of an application for an allowance under the Act. I find it difficult to accept that submission. Section 16 must be read with s. 15, the combined effect of which in my opinion is to inhibit an executor for a period of six months from distributing the assets of an estate if there is the possibility of an application under the Act; after six months the executor is free to distribute the estate unless and until he receives notice of an application under the Act.

Chief Justice Culliton referred in his judgment to *Re Brill*². This case considered *The Dependants' Relief Act*, R.S.O. 1960, c. 104, and concerned a testator who died on August 29, 1964. Probate of his estate was granted on November 23 of the same year. All debts having been paid, the estate was distributed and closed on June 1, 1965. There had been no advertisement for creditors. In 1966, more than a year after the closing of the estate and two years after the death of the testator, the widow made an application under *The Dependants' Relief Act*. The Surrogate Court, following *Re*

² [1967] 2 O.R. 586.

[TRANSLATION] Lorsque le *Land Titles Act* requiert un certificat attestant qu'aucun enfant mineur ne s'intéresse à une succession, le droit d'un enfant mineur de présenter une demande d'assistance en vertu du *Dependants' Relief Act* n'est pas réputé être un droit dans une succession, pour les fins d'un tel certificat, après la période de six mois suivant l'homologation ou l'émission des lettres d'administration, sauf si un juge ordonne la prorogation du délai pour présenter une telle demande, ou si le Tuteur public a raison de croire que l'on envisage de présenter une telle demande.

Cet article reconnaît la possibilité pour un enfant mineur de présenter une demande d'assistance pour personnes à charge dans un délai de six mois de la date d'homologation et il ne prévoit pas l'abrégement de cette période en raison d'un partage antérieur de la succession.

L'avocat des intimées s'est appuyé sur l'art. 16 du *Dependants' Relief Act*, *précité*. Selon lui, il découle de cet article que les exécuteurs sont libres de procéder au partage de la succession jusqu'à ce qu'ils reçoivent avis qu'une demande de pension a été présentée en vertu de la Loi. Je peux difficilement accepter cette allégation. L'article 16 doit être lu en regard de l'art. 15 ce qui, à mon avis, a pour résultat d'empêcher l'exécuteur de partager les biens de la succession pour une période de six mois s'il y a possibilité qu'une demande soit présentée en vertu de la Loi; après ces six mois, l'exécuteur est libre de partager la succession à moins de recevoir un avis de demande en vertu de la Loi.

Le juge en chef Culliton a cité dans ses motifs l'affaire *Re Brill*². Cette cause, où le *Dependants' Relief Act*, R.S.O. 1960, c. 104 a été étudié, concernait un testateur décédé le 29 août 1964. L'homologation de sa succession fut accordée le 23 novembre de la même année. Toutes les dettes ayant été payées, le partage définitif de la succession s'est opéré le 1^{er} juin 1965. Les créanciers n'avaient reçu aucun avis. En 1966, soit plus d'un an après la liquidation de la succession et deux ans après le décès du testateur, la veuve a présenté une demande en vertu du *Dependants' Relief Act*. Le

² [1967] 2 O.R. 586.

*Hull Estate*³, held that an order could only attach to undistributed assets of an estate, and since in this case there were no such assets, the application must be dismissed. The Court relied on the fact that, despite the executrix's failure to advertise for creditors, there had been no undue haste in closing out the estate and there was, (p. 588) "nothing unusual in the way in which Elizabeth Nims dealt with this estate". This case is authority for the proposition that an order brought outside the limitation period does not attach to distributed assets of an estate but it is not authority for the proposition that an order made within the limitation period attaches only undistributed assets.

Counsel for the respondents also cited *Re Lerwill (Deceased), Lankshear v. Public Trustee and Others*⁴, a decision of Barrowclough C.J. of the Supreme Court of New Zealand. The circumstances of that case were that the public trustee, as executor, had completed his duties as such executor by distribution of the estate 11 months after grant of probate and before expiry of the one-year period within which an application could be made under the *Family Protection Act, 1908*. The learned Chief Justice considered himself bound by an earlier decision of the Full Court in *Re Donohue, Donohue v. Public Trustee*⁵, in which it was held that whenever there has been a final distribution of the estate of the testator there is no "estate of the testator" left and therefore no fund or property on which such an order could operate. In the *Donohue* case, however, the application for relief was first made more than 12 months after the grant of probate and the Full Court was considering an extension of time. In the *Lerwill* case, as I have said, the application was made before expiry of the 12-month period and at first glance that case would seem to give substantial support to the argument of counsel for the

tribunal des homologations, en se fondant sur *Re Hull Estate*³, a décidé qu'une ordonnance ne pouvait porter que sur les biens non partagés d'une succession, et puisqu'en l'espèce tous les biens avaient été partagés, la demande devait être rejetée. Le tribunal s'est appuyé sur le fait que, malgré l'omission par l'exécutrice d'aviser les créanciers, le partage définitif de la succession ne s'était pas opéré hâtivement, et qu'il n'y avait [TRADUCTION] «rien d'anormal dans la façon dont Elizabeth Nims avait disposé de la succession». Cette décision tient lien de précédent au regard de la proposition voulant qu'une ordonnance tardive ne porte pas sur les biens partagés de la succession, mais elle ne fait pas autorité au regard de la proposition qu'une ordonnance rendue dans les délais ne porte que sur les biens non partagés.

L'avocat des intimées a également cité *Re Lerwill (Deceased), Lankshear v. Public Trustee and Others*⁴, une décision du juge en chef Barrowclough de la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande. Dans cette affaire-là, le curateur public, en qualité d'exécuteur, s'était déchargé de cette tâche en opérant le partage de la succession 11 mois après l'homologation et avant l'expiration du délai d'un an dans les limites duquel une demande pouvait être déposée en vertu du *Family Protection Act* de 1908. Le savant Juge en chef s'est considéré lié par une décision antérieure rendue par la Cour siégeant au complet dans *Re Donohue, Donohue v. Public Trustee*⁵, où l'on avait décidé que le partage définitif de la succession du testateur entraîne toujours la disparition de cette «succession du testateur» de sorte qu'il n'existe aucun bien sur lequel pourrait porter une telle ordonnance. Cependant, dans l'affaire *Donohue*, la demande d'assistance a été déposée plus de 12 mois après l'homologation et la Cour siégeant au complet songeait à proroger le délai. Dans l'affaire *Lerwill*, comme je l'ai mentionné, la demande a été déposée avant l'expiration du délai de 12 mois et, à première vue, cette cause semble étayer substan-

³ [1943] O.R. 778.

⁴ [1955] N.Z.L.R. 858.

⁵ [1933] N.Z.L.R. 477.

³ [1943] O.R. 778.

⁴ [1955] N.Z.L.R. 858.

⁵ [1933] N.Z.L.R. 477.

respondents in the present case. There are, however, points of difference, the most important of which is a significant difference in the wording of the respective enactments. The New Zealand Act, for example, did not contain s. 14(1) of the Saskatchewan Act or anything analogous thereto. It will also be observed that in *Lerwill*, Barrowclough C.J. had this to say:

In the present case, all counsel were agreed that the action of the Public Trustee, in disposing of the assets of his testator as and when he did was perfectly justifiable. I do not know what circumstances led counsel to that unanimity of opinion; but I accept their view of the matter, and I apprehend that the action of the two applicants, in accepting their respective half-shares of the residue without reservation or notification of their possible claims under the Act, had no small influence in convincing counsel that that view was correct.

There is no agreement in the present case that the executrices were justified in disposing of the assets of the estate with such alacrity; quite the contrary. Lastly, with respect to *Lerwill*, it is worthy of note that the learned Chief Justice concluded with these words:

I think it is generally accepted that an executor ought not to distribute before the expiration of one year from the grant of probate, unless he is satisfied that there are no potential applicants, or, if there are, that they have effectively disclaimed any rights they might have under the Act.

In his factum counsel for the respondents submitted that the respondents had acted precisely within the scope of their duties as so expressed by Chief Justice Barrowclough. I do not agree. At least until expiry of the six-month period Mrs. Gilles was a potential applicant under *The Dependents' Relief Act*. She did not effectively disclaim any rights which she might have under that Act. Executors or administrators have a duty not to distribute before the expiry of the limitation period if the possibility of an application for relief is hanging over the estate; if they do so, they do so at their peril: see *Re Simson (deceased)*, *Simson v.*

tiellement les arguments présentés par l'avocat des intimées en l'espèce. Cependant, il existe certaines distinctions dont la plus importante se situe au niveau du libellé des lois en question. La Loi de la Nouvelle-Zélande, par exemple, ne contient aucune disposition identique ou analogue au par. (1) de l'art. 14 de la Loi de la Saskatchewan. Il faut souligner également ces propos du juge en chef Barrowclough tirés de l'affaire *Lerwill*:

[TRADUCTION] En l'espèce, tous les avocats ont convenu de la légitimité de l'acte du curateur public lorsqu'il a disposé des biens du testateur à cette époque-là et comme il l'a fait. Je ne connais pas les circonstances qui sont à l'origine de cette unanimité d'opinion des avocats; mais j'accepte leur point de vue qui, selon moi, serait en grande partie fondé sur l'acte des deux demandereses qui ont accepté respectivement la moitié du reliquat sans aucune réserve et sans donner avis de l'éventualité de présenter des demandes en vertu de la Loi.

En l'espèce, il n'y a pas de commun accord sur le droit des exécutrices de disposer des biens de la succession avec autant d'empressement, bien au contraire. En dernier lieu, concernant l'affaire *Lerwill*, il est à noter que le savant Juge en chef a formulé ainsi sa conclusion:

[TRADUCTION] Je crois qu'il est généralement reconnu qu'un exécuteur ne devrait pas procéder au partage avant l'expiration du délai d'un an qui court à compter de la date d'homologation, à moins qu'il soit convaincu qu'il n'existe aucun requérant possible, ou, s'il y en a, qu'ils aient expressément renoncé aux droits que peut leur conférer la Loi.

Dans son factum, l'avocat des intimées a allégué que ces dernières avaient strictement agi dans le cadre de leurs pouvoirs comme l'a énoncé le juge en chef Barrowclough. Je ne partage pas cet avis. Du moins, jusqu'à l'expiration du délai de six mois, M^{me} Gilles pouvait se prévaloir des dispositions du *Dependents' Relief Act*. Elle n'a effectivement renoncé à aucun droit que pouvait lui conférer cette Loi. Les exécuteurs ou administrateurs ont le devoir de ne pas procéder au partage avant l'expiration du délai si une demande d'assistance peut être présentée; s'ils le font, c'est à leurs risques et périls: voir *Re Simson (deceased)*, *Simson v. Na-*

*National Provincial Bank, Ltd. and Others*⁶. On the question of disclaimer, it should be stated that on August 14, 1971, the appellant wrote the following letter to her daughter, Phyllis Martin:

Saturday. (14 Aug 1971)

My dear Phil

Just a line to let you know I dont want to do anything with that Will I wouldnt hurt you for love or money so please dont worrey about it Iv done enough worrying about it it wasent my idea in the first place so Please Phill dont feel bad at me I give every thing I had instead of having you mad at me Iv cried a lot and dont know what to do so plase Phil lets forget it all. I can liv with out it but maby myrtle & Ray cant so let them help them selves I dont see why Sharon should be mad at me look what I done for her when her mother didnt want her. Does she ever stop to think about me at all. Well enough of that but just wanted you to know I dont want any Part of it at all

With Love Mom

This letter may have had some bearing on the decision of the executrices to proceed with immediate distribution to themselves of the assets constituting the estate and may tend to negate any allegation of bad faith. It may also be relevant on the question of costs but the letter does not in my opinion amount to an estoppel or disclaimer by the appellant. I understood counsel for the respondents to concede as much during argument.

Finally it might be noted that counsel for the respondents sought in this Court to attack the order of the judge of first instance on the merits but it is plain that in the absence of leave no appeal from a discretionary order will normally lie to this Court: see the *Supreme Court Act*, s. 44 as interpreted in *Swain v. Dennison*⁷. As prior leave had not been granted, the Court refused to hear counsel on the point.

*tional Provincial Bank, Ltd. and Others*⁶. En ce qui concerne la question de la renonciation, il faut signaler que le 14 août 1971, l'appelante a écrit à sa fille, Phyllis Martin, la lettre que voici:

[TRADUCTION]

Samedi (le 14 août 1971)

Chère Phil,

Juste un mot pour te dire que je ne veux pas avoir affaire avec ce testament, je ne voudrais pas te blesser ni pour de l'amour ni pour de l'argent, donc s'il te plaît ne t'en fais pas avec ça car je me suis moi-même assez inquiétée alors que ce n'est même pas moi qui a eu cette idée donc, s'il te plaît Phill, ne m'en veut pas car j'aimerais mieux donner tout ce que j'ai plutôt que de te savoir fâchée contre moi, j'ai beaucoup pleuré et je ne sais plus quoi faire donc, s'il te plaît Phil, oublions tout. Je peux vivre sans cela mais peut-être que Myrtle et Ray, eux ne le peuvent pas donc laisse les faire, et je ne comprends pas pourquoi Sharon est fâchée contre moi après tout ce que j'ai fait pour elle lorsque sa mère l'a abandonnée. S'arrête-t-elle parfois pour penser à moi? Voilà c'est tout, je voulais seulement te dire que je ne veux pas avoir affaire avec cela d'aucune façon.

Je t'embrasse, Maman

Cette lettre a peut-être influé sur la décision des exécuteurs à se partager immédiatement les biens de la succession et elle peut tendre à repousser toute allégation de mauvaise foi. Elle peut également influencer sur la question des dépens mais je ne crois pas que cette lettre puisse être considérée comme une fin de non-recevoir ou une renonciation de la part de l'appelante. Je crois que l'avocat des intimées en a convenu au cours des plaidoiries.

Enfin, il faut souligner que l'avocat des intimées a cherché, en cette Cour, à attaquer sur le fond l'ordonnance rendue par le juge de première instance, mais il est clair que, sauf sur permission, aucun pourvoi à l'encontre d'une ordonnance discrétionnaire ne peut normalement être interjeté devant cette Cour: voir l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême* tel qu'interprété dans *Swain c. Dennison*⁷. Puisque cette permission n'avait pas été accordée, la Cour a refusé d'entendre l'avocat sur cette question.

⁶ [1950] 1 Ch. 38.

⁷ [1967] S.C.R. 7.

⁶ [1950] 1 Ch. 38.

⁷ [1967] R.C.S. 7.

I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and reinstate the order of Johnson J. I would not award costs in this Court or in the Court of Appeal for Saskatchewan.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Cuelenaere & Beaubier, Saskatoon.

Solicitor for the respondents: Walter Bieber, Wilkie.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge Johnson. Il n'y a aucune adjudication de dépens en cette Cour ni en Cour d'appel de la Saskatchewan.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Cuelenaere & Beaubier, Saskatoon.

Procureur des intimées: Walter Bieber, Wilkie.

Edward James Politzer (*Defendant*)
Appellant;

and

Metropolitan Homes Ltd. (*Plaintiff*)
Respondent.

1974: June 14, 18; 1975: February 13.

Present: Laskin C.J. and Martland, Pigeon, Dickson and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Real property—Whether document an option or an agreement of purchase and sale—No mutuality of obligation—Application of rule against perpetuities—Whether purchaser entitled to specific performance of vendor's covenant notwithstanding interest in land created by agreement may vest beyond perpetuity period.

The respondent (M), wishing to obtain some 200 acres of land in the City of St. Vital for the purpose of a subdivision, retained a real estate firm to acquire options to purchase from the owners of land within the area. On March 2, 1966, the appellant (P), one of the owners, signed an agreement, cl. 3 of which read: "Provided that neither the acceptance of this offer to purchase nor the payment of any instalments herein provided for shall bind the PURCHASER to pay any other instalment but he shall always be at liberty to cancel and rescind the contract by forfeiting the payments already made in respect thereof and upon such cancellation he shall not be in any way liable or responsible for any further payments or for damages for failure to carry out the contract."

The agreement also provided that 40 per cent of the purchase price (inclusive of the option payment) was to be paid within 30 days of the purchaser executing an approved development agreement with the City of St. Vital. It was further agreed that the purchaser would execute a mortgage back to the vendor for the remaining balance of the purchase price.

A development agreement with the municipality was not entered into, and on July 5, 1972, P's solicitor wrote M stating the option was at an end and requesting that a caveat filed by M be vacated. This was followed by a letter dated July 11 advising that the property had been sold. On July 13, notwithstanding the absence of a development agreement, M forwarded P the payment called for within 30 days of the execution of such

Edward James Politzer (*Défendeur*)
Appelant;

et

Metropolitan Homes Ltd. (*Demanderesse*)
Intimée.

1974: les 14 et 18 juin; 1975: le 13 février.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Pigeon, Dickson et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Immeuble—Le document constitue-t-il une option d'achat ou une convention de vente et d'achat?—Aucune réciprocité d'obligations—Application de la règle contre la pérennité des droits contingents—L'acquéreur a-t-il le droit d'exiger l'exécution même de l'engagement du vendeur même si les droits sur le terrain créés par l'entente peuvent être attribués au-delà de la «perpetuity period»?

Désireuse d'obtenir quelque 200 acres de terrain dans la ville de St-Vital pour fins de lotissement, l'intimée (M) a retenu les services d'une société immobilière pour faire l'acquisition d'options d'achat des propriétaires de terrains situés dans la zone en question. Le 2 mars 1966, l'appelant (P), un des propriétaires, a signé une entente dont la clause 3 est libellée comme suit: «Toutefois, ni l'acceptation de cette offre d'achat, ni le paiement de tout versement prévu par la présente n'oblige l'ACQUÉREUR à payer tout autre versement et il demeure libre d'annuler ou de résilier le contrat en retirant les versements déjà exécutés à l'égard dudit contrat, et advenant cette annulation, il ne sera tenu d'aucune façon responsable de tout autre paiement ou de dommages-intérêts résultant de l'inexécution du contrat».

L'entente prévoit également le paiement de 40 pour cent du prix d'achat (qui comprend le paiement relatif à l'option) dans un délai de 30 jours de la signature par l'acquéreur d'une entente d'aménagement conclue avec la ville de St-Vital. De plus, par cette entente l'acquéreur s'engage à hypothéquer en faveur du vendeur en règlement du solde du prix d'achat.

L'entente d'aménagement avec la municipalité n'a jamais été conclue, et le 5 juillet 1972, l'avocat de P a avisé par écrit M que l'option avait pris fin et il lui a demandé de retirer le caveat qui avait été déposé. Il y eut ensuite une lettre datée du 11 juillet qui annonçait que la propriété avait été vendue. Le 13 juillet, malgré que l'entente d'aménagement ne fût pas encore conclue, M a fait parvenir à P la somme à verser dans les 30

agreement. The payment was rejected. P then moved in the Court of Queen's Bench to have the caveat vacated and M responded with an action against him for specific performance or damages in lieu. The trial judge dismissed the action. The Court of Appeal reversed. An appeal was then brought to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Martland J.: There having been a proper exercise by the respondent of the option to purchase, the parties became vendor and purchaser respectively under an agreement of sale and purchase of land. However, there is no binding contract supported by consideration in an agreement under which the purchaser may choose to perform or not, without liability if he decides not. Certainly there is no mutuality of obligation; and without necessarily saying that this is in all cases necessary to support an action for specific performance, such relief could not be successfully sought by the purchaser in the present case.

Per Pigeon, Dickson and de Grandpré JJ.: The sole purpose and effect of cl. 3, when read with the rest of the agreement, was to ensure that M should have the right to buy P's land but should, under no circumstances, be bound to do so. There was neither mutuality of obligation nor mutuality of remedy. M was bound to nothing and assumed no obligation of any kind or nature. P was bound; M was free. It followed that the document was an option and not an agreement of purchase and sale.

An option to purchase land for a named consideration gives rise to an equitable interest in land. The interest is not, however, so vested as to be immune from the rule against perpetuities if the option can be exercised beyond the perpetuity period; in this case, since no life was specified, 21 years. M obtained a contingent equitable interest, the contingency being the election to exercise its right to purchase P's lands by making the payment and executing the mortgage referred to in the agreement within 30 days of M (a) executing a development agreement with the City of St. Vital and (b) obtaining the necessary governmental approvals. Nothing in the agreement assured that the election would be made within the perpetuity period.

As to the corollary point, *i.e.* whether M was entitled to specific performance of the personal covenant of P notwithstanding that the interest in land created by the agreement might vest beyond the perpetuity period, once

jours de la signature d'une telle entente. Ce paiement fut refusé. P se présenta ensuite devant la Cour du Banc de la Reine pour faire annuler le caveat et M a réagi en intentant contre lui une action soit en exécution d'obligation ou en dommages-intérêts. Le juge de première instance a rejeté l'action. La Cour d'appel l'a accueillie. Un pourvoi a ensuite été interjeté devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et le juge Martland: Puisque l'intimée s'est régulièrement prévaluée de son option d'achat, les parties en cause sont devenues respectivement vendeur et acquéreur en vertu d'une convention de vente et d'achat de terrains. Cependant, il n'y a aucun contrat obligatoire prévoyant une contrepartie dans une convention en vertu de laquelle l'acquéreur a le choix de l'exécuter ou non et ce, sans engager sa responsabilité s'il ne l'exécute pas. On ne peut certainement pas parler ici d'obligation réciproque; et sans nécessairement affirmer que ce caractère est nécessaire dans tous les cas pour demander l'exécution même de l'obligation, il est clair que l'acquéreur ne peut se prévaloir de pareil recours dans la présente affaire.

Les juges Pigeon, Dickson et de Grandpré: Compte tenu de l'ensemble du document, la clause 3 a pour seul but d'assurer à M le droit d'acheter le terrain de P sans y être obligée d'aucune façon. Il n'y a aucune réciprocité d'obligations, ni aucune réciprocité de recours. M n'est aucunement liée et n'assume aucune obligation quelle qu'elle soit. P était lié; M ne l'était pas. Il en découle donc que le document constitue une option et non un contrat de vente et d'achat.

Une option d'achat de terrain en retour d'une contrepartie désignée fait naître un droit en *equity* sur le terrain. Cependant, ce droit n'est pas attribué de façon à échapper à la règle contre la pérennité si l'option est exercée au-delà de la «*perpetuity period*» qui, en l'espèce, est de 21 ans puisqu'aucune vie n'est spécifiée. M a obtenu un droit éventuel en *equity*, l'éventualité étant le choix d'exercer son droit d'achat sur les terrains de P en effectuant le paiement et en concluant l'hypothèque mentionnés dans l'entente dans les délais de 30 jours après avoir a) conclu une entente d'aménagement avec la ville de St-Vital, et b) obtenu les approbations gouvernementales nécessaires. Rien dans l'entente n'assurait que ce choix serait fait dans les limites de la «*perpetuity period*».

Concernant le corollaire, *c.-à-d.* si M peut demander l'exécution même de l'engagement de P même si les droits sur le terrain créés par cette entente peuvent être attribués au-delà de la «*perpetuity period*», dès qu'une

an option clause creating a land interest is found to be void as infringing the rule against perpetuities, there is really nothing left in the agreement in the nature of a personal contract that can be specifically enforced. The option agreement here was an agreement creating an interest in land and was void as infringing the rule against perpetuities; it was not merely a personal contract and, therefore, M was not entitled to an order for specific performance.

[*Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines & Petroleum Ltd. et al.*, [1960] S.C.R. 126; *Canadian Long Island Petroleum Ltd. and Sadim Oil & Gas Co. Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. et al.*, [1975] 2 S.C.R. 715; *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 489, followed; *South Eastern Railway Co. v. Associated Portland Cement Manufacturers (1900) Ltd.*, [1910] 1 Ch. 12; *Hutton v. Watling*, [1948] Ch. 26; *Re Kennedy & Beaucauge Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625, not followed; *Prudential Trust Co. Ltd. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, reversing a judgment of Solomon J. Appeal allowed.

I. I. Cutler, for the defendant, appellant.

Y. M. Henteleff and *M. W. Calof*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I agree with my brother Dickson that this appeal should be allowed, but I arrive at this result on grounds different, at least as to one of them, from those upon which he proceeded.

The relevant provisions of the agreement, effectively one between the respondent as an undisclosed principal and the appellant, are set out in the reasons of my brother Dickson and I need not repeat them. It is my opinion that, there having been a proper exercise by the respondent of the option to purchase, the parties became vendor and purchaser respectively under an agreement of sale and purchase of land. Paragraph 3 of the agree-

clause d'option qui crée un droit sur un bien-fonds est déclarée nulle parce qu'elle enfreint la règle contre la pérennité des droits contingents, on ne retrouve en réalité dans l'entente aucun contrat personnel en vertu duquel une ordonnance d'exécution pourrait être rendue. L'option en cause représente une convention qui crée un droit sur le bien-fonds et qui est nulle parce qu'elle enfreint la règle contre la pérennité; elle ne constitue pas simplement un contrat personnel et, par conséquent, M n'a pas droit à une ordonnance enjoignant l'exécution même de l'obligation.

[Arrêts suivis: *Frobisher Ltd. c. Canadian Pipelines & Petroleum Ltd. et al.*, [1960] R.C.S. 126; *Canadian Long Island Petroleum Ltd. and Sadim Oil & Gas Co. Ltd. c. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. et al.*, [1975] 2 R.C.S. 715; *Harris c. Le ministre du Revenu national*, [1966] R.C.S. 489; arrêts non suivis: *South Eastern Railway Co. v. Associated Portland Cement Manufacturers (1900) Ltd.*, [1910] 1 Ch. 12; *Hutton v. Watling*, [1948] Ch. 26; *Re Kennedy & Beaucauge Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625; arrêt mentionné: *Prudential Trust Co. Ltd. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹ infirmant un jugement du juge Solomon. Pourvoi accueilli.

I. I. Cutler, pour le défendeur, appellant.

Y. M. Henteleff et *M. W. Calof*, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Martland a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Dickson pour accueillir le présent pourvoi, mais ma conclusion s'appuie sur des motifs différents, du moins quant à un de ceux-ci.

Les dispositions pertinentes de la convention intervenue entre l'intimée, à titre de mandant non inscrit, et l'appellant sont relatées dans les motifs de mon collègue le juge Dickson de sorte qu'il est inutile de les répéter. Puisque l'intimée s'est régulièrement prévalu de son option d'achat, je suis d'avis que les parties en cause sont devenues respectivement vendeur et acquéreur en vertu d'une convention de vente et d'achat de terrains. Le

¹ [1973] 6 W.W.R. 307, 39 D.L.R. (3d) 438.

¹ [1973] 6 W.W.R. 307, 39 D.L.R. (3d) 438.

ment, which is central to my grounds for disposition of this appeal, has no application to its option provisions. If the option was not exercised in accordance with its terms, involving payment of \$100 and then \$900 (both of which were made), there would be no basis upon which to consider any other provisions of the agreement.

Since art. 3 purports to excuse the purchaser from any binding obligation in respect of the agreement of sale, notwithstanding its subscription to the agreement, and also purports to excuse the purchaser from paying any instalment or any further instalment, and reserves to it a unilateral right to rescind the agreement, forfeiting any instalments that may have been paid, and this without liability to pay further instalments or to pay any damages for breach of contract, I regard the agreement of sale and purchase as illusory. I see no binding contract supported by consideration in an agreement under which the purchaser may choose to perform or not, without liability if he decides not. Certainly there is no mutuality of obligation; and without necessarily saying that this is in all cases necessary to support an action for specific performance it is plain to me that such relief cannot be successfully sought by the purchaser in the present case.

I am not unmindful of the fact that although the agreement was executed on March 2, 1966, and the respondent took steps to obtain a development agreement (in which he was unsuccessful) the appellant stood by for some years and only manifested his impatience in July 1972, when he notified the respondent that the agreement was cancelled. It was after the appellant commenced proceedings for a declaration of rights in respect of the caveat registered against the lands, the subject of the agreement, that the respondent instituted suit for specific performance on August 11, 1972. I do not think that these facts improve the respondent's right to this equitable remedy.

paragraphe 3 de la convention, sur lequel sont basés mes motifs relatifs au sort de ce pourvoi, n'offre aucune possibilité d'application à ses dispositions concernant l'option. Si l'option n'était pas exercée en conformité de la convention, ce qui implique le paiement d'un montant de \$100 et puis de \$900 (lesquels ont été effectués), il n'y aurait aucun fondement sur lequel pourrait s'appuyer l'examen de toute autre disposition de la convention.

Puisque l'art. 3 permet à l'acquéreur de se soustraire à toute obligation découlant de la convention de vente, et ce même après l'avoir approuvée, et qu'il lui permet également de se soustraire au paiement du tout versement ou de tout nouveau versement, et qu'il lui accorde le droit de résilier unilatéralement la convention tout en retirant les versements déjà exécutés s'il y en a et ce, sans être tenu de faire d'autres versements ou de payer des dommages-intérêts pour rupture de contrat, je considère cette convention de vente et d'achat comme étant illusoire. Je ne vois aucun contrat obligatoire prévoyant une contrepartie dans une convention en vertu de laquelle l'acquéreur a le choix de l'exécuter ou non et ce, sans engager sa responsabilité s'il ne l'exécute pas. On ne peut certainement pas parler ici d'obligation réciproque; et sans nécessairement affirmer que ce caractère est nécessaire dans tous les cas pour demander l'exécution même de l'obligation, il est clair que l'acquéreur ne peut se prévaloir de pareil recours dans la présente affaire.

Je n'ai pas oublié que, même si l'entente a été signée le 2 mars 1966 et que l'intimée a fait des démarches (qui se sont avérées infructueuses) pour convenir d'une entente d'aménagement, l'appellant a patienté quelques années, jusqu'en juillet 1972 alors qu'il a avisé l'intimée que la convention était annulée. C'est après que l'appellant eut institué des procédures visant à faire reconnaître ses droits relativement au caveat enregistré contre les terrains formant l'objet du contrat, que l'intimée a intenté, le 11 août 1972, une action en exécution même de l'obligation. Je ne crois pas que ces faits militent en faveur de ce recours en *equity*.

As already indicated, I would dispose of this appeal as proposed by my brother Dickson.

The judgment of Pigeon, Dickson and de Grandpré JJ. was delivered by

DICKSON J.—The Court in this appeal must determine whether a certain agreement made between Edward James Politzer and Oldfield, Kirby & Gardner Limited is an agreement for the purchase and sale of land, or merely an option of land, and if an option, whether the rule against perpetuities applies to defeat a claim for specific performance brought against Politzer by Metropolitan Homes Ltd., assignee of Oldfield, Kirby & Gardner Limited. The trial judge, Solomon J., dismissed the action. The Court of Appeal for Manitoba reversed.

The essential parts of the agreement read:

AGREEMENT made in duplicate, the 2nd day of March A.D. 1966.

B E T W E E N:

EDWARD JAMES POLITZER, of the Province of Manitoba,

(hereinafter called "the VENDOR"),
OF THE FIRST PART,

— and —

OLDFIELD, KIRBY & GARDNER LIMITED, a Company duly incorporated under the laws of the Province of Manitoba, or its nominee,

(hereinafter called "the PURCHASER"),
OF THE SECOND PART.

WITNESSETH that in consideration of the sum of ONE HUNDRED DOLLARS (\$100.00) now paid by the PURCHASER to the VENDOR (the receipt whereof is hereby acknowledged) the VENDOR hereby gives to the PURCHASER an option, irrevocable within the time limited herein for acceptance to purchase free from encumbrances all the following property, issued by certificate of title #970517 and comprising approx. 24 acres.

This Option shall be open for acceptance up to but not after Ninety (90) days from the date hereof and may be accepted by letter delivered to the VENDOR or mailed

Comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis de disposer du pourvoi comme le propose mon collègue le juge Dickson.

Le jugement des juges Pigeon, Dickson et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si l'entente intervenue entre Edward James Politzer et Oldfield, Kirby & Gardner Limited constitue une convention de vente et d'achat de terrains ou simplement une option d'achat sur les terrains, et advenant l'éventualité d'une option, si la règle contre la pérennité des droits contingents peut être invoquée à l'encontre d'une action en exécution d'obligation intentée contre Politzer par Metropolitan Homes Ltd., le cessionnaire de Oldfield, Kirby et Gardner Limited. En première instance, le juge Solomon a rejeté l'action. La Cour d'appel du Manitoba a infirmé cette décision.

Voici les passages pertinents de ladite entente:

[TRADUCTION]

ENTENTE rédigée en double exemplaire, le 2 mars 1966.

E N T R E:

EDWARD JAMES POLITZER, résident de la province du Manitoba

(ci-après appelé «le VENDEUR»),
DE PREMIÈRE PART,

— et —

OLDFIELD, KIRBY & GARDNER LIMITED, une compagnie dûment constituée en vertu des lois du Manitoba, ou son représentant,

(ci-après appelée «l'ACQUÉREUR»)
DE SECONDE PART.

ÉTANT TÉMOINS qu'en retour de la somme de CENT DOLLARS (\$100.00) que paie maintenant l'ACQUÉREUR au VENDEUR (qui, par la présente, reconnaît avoir reçu ladite somme), le VENDEUR, par la présente, accorde à l'ACQUÉREUR une option d'achat, irrévocable dans les délais prévus aux présentes, sur les propriétés libres de toute charge, dont le certificat de titre porte le numéro 970517 et dont l'étendue couvre approx. 24 acres.

Cette option peut être acceptée au plus tard quatre-vingt-dix (90) jours à compter de ce jour et l'acceptation peut être signifiée par une lettre remise au VENDEUR

postage prepaid and registered, addressed to the VENDOR at 545 Victoria Ave., West Transcona, and if accepted in such manner shall form a binding agreement of purchase and sale for the following price and upon the following terms and conditions:

1. The purchase price of the said lands shall be "R.J." \$60,000.00 per acre in accordance with the precise "E.J.P." acreage of the said land as determined by a Manitoba Land Surveyor, and shall be paid as follows:

(a) By crediting the sum of \$100.00 hereinbefore referred to;

(b) A further \$900.00 of the purchase price to be paid on or before the date of acceptance of the option by the PURCHASER;

(c) 40% of the purchase price (inclusive of the option payment) to be paid within 30 days of the execution of the Development Agreement referred to in Clause 9 hereof;

(d) The remaining balance of the purchase price to be secured by a first mortgage on the security of the aforesaid property from the PURCHASER to the VENDOR payable over a period of Five (5) years from the date of the execution of the said Development Agreement, by annual equal instalments of principal and interest, interest to be computed at the rate of 6% per annum from such date. The first payment will be due one year after the payment referred to in Clause 1 (c) hereof. The PURCHASER shall have the privilege of prepaying the whole or any portion of the said balance at any time without notice or bonus.

2. Any monies paid by the PURCHASER to the VENDOR as consideration for the giving of this option shall be allowed as part payment of the purchase price abovementioned.

3. Provided that neither the acceptance of this offer to purchase nor the payment of any instalments herein provided for shall bind the PURCHASER to pay any other instalment but he shall always be at liberty to cancel and rescind the contract by forfeiting the payments already made in respect thereof and upon such cancellation he shall not be in any way liable or responsible for any further payments or for damages for failure to carry out the contract.

9. Within Thirty (30) days of the PURCHASER executing an agreement for residential and/or commercial subdivision and development with the City of St. Vital for the area of which the VENDOR'S lands form a part and obtaining the necessary government approvals on a plan of residential and/or commercial subdivision, the PURCHASER agrees to pay the portion of 40% of the purchase price referred to in

ou par une lettre dûment affranchie, recommandée et adressée au VENDEUR au numéro 545 avenue Victoria, West Transcona, et l'option ainsi acceptée constituera un contrat de vente et d'achat pour la somme et selon les conditions énoncées ci-dessous:

1. Le prix d'achat desdits terrains est de \$60,000.00 l'acre suivant la superficie exacte mesurée par un «R.J.» arpenteur-géomètre du Manitoba, qui sera payé «E.J.P.» comme suit:

a) en créditant la somme de \$100.00 susmentionnée;

b) par le paiement d'une somme additionnelle de \$900.00 du prix d'achat, au plus tard à la date d'acceptation de l'option par l'ACQUÉREUR;

c) par le paiement de 40% du prix d'achat (qui comprend le paiement relatif à l'option) dans un délai de 30 jours de la signature de l'entente d'aménagement mentionnée à la clause 9 de la présente entente;

d) par la garantie du solde du prix d'achat par une première hypothèque sur la garantie immobilière desdits terrains par l'ACQUÉREUR au VENDEUR et payable sur une période de cinq (5) ans à compter de la date de la signature de ladite entente d'aménagement, par des versements annuels égaux sur le capital et les intérêts, lesquels seront calculés au taux annuel de 6% à compter de la date en question. Le premier paiement sera exigible un an après le paiement mentionné à la clause 1 c) des présentes. L'ACQUÉREUR se réserve le droit de régler par anticipation la totalité ou une partie dudit solde en tout temps, sans avis ou boni.

2. Les sommes versées par l'ACQUÉREUR au VENDEUR en retour de ce droit d'option seront déductibles à titre d'acompte du prix d'achat susmentionné.

3. Toutefois, ni l'acceptation de cette offre d'achat, ni le paiement de tout versement prévu par la présente n'oblige l'ACQUÉREUR à payer tout autre versement et il demeure libre d'annuler ou de résilier le contrat en retirant les versements déjà exécutés à l'égard dudit contrat, et advenant cette annulation, il ne sera tenu d'aucune façon responsable de tout autre paiement ou de dommages-intérêts résultant de l'inexécution du contrat.

9. Dans un délai de trente (30) jours de la date à laquelle l'ACQUÉREUR conclut une entente avec la ville de St-Vital concernant le lotissement et l'aménagement pour fins commerciales et/ou résidentielles de la zone composée en partie des terrains du VENDEUR, et obtient l'approbation gouvernementale nécessaire du plan de lotissement commercial et/ou résidentiel, l'ACQUÉREUR convient de payer la

Clause 1(c) hereof. At such time and in exchange therefor the VENDOR will transfer the property to the PURCHASER, free and clear of all encumbrances whatsoever, and the PURCHASER will execute the mortgage back to the VENDOR for the remaining balance upon the terms and conditions hereinbefore set out in Clause 1(d).

Metropolitan Homes, wishing to obtain some 200 acres of land in the City of St. Vital for the purpose of a subdivision, retained Oldfield, Kirby & Gardner, real estate agents, to acquire options to purchase from the owners of land within the area. Politzer, one of the owners, signed an agreement in the form indicated and received \$100. He received a further \$900 within the 90-day period referred to in para. 1(b) and a letter purporting to exercise the option therein mentioned. Prior to signing, he was concerned that the agreement did not limit the time within which the purchaser would execute the development agreement mentioned in para. 9, but his concern was allayed by the salesman of Oldfield, Kirby & Gardner who assured him, the trial judge found, that the development agreement would be completed within two years.

For various reasons the execution of a development agreement was long delayed. In 1968 the Metropolitan Corporation of Winnipeg issued a Master Development Plan under which certain lands, including those of Politzer, were "frozen" pending development of a block of land lying to the north of his property. The two-year period mentioned by the salesman, and four more years, expired, during which time Politzer paid the real estate taxes as well as interest and \$3,000 principal annually on a mortgage to which the property was subject. There were intermittent, unsuccessful, attempts by Politzer to have the agreement altered. Finally, on July 5, 1972, his solicitor wrote Metropolitan Homes stating the option was at an end and requesting that the caveat filed by Metropolitan Homes in the Winnipeg Land Titles Office be vacated. This was followed by a letter dated July 11 advising that the property had been sold. On July 13, notwithstanding the absence of a development agreement, Metropolitan Homes forwarded Politzer \$23,000 to complete the payment referred to in para. 1(c) of the agreement. The

tranche de 40% du prix d'achat mentionnée à la clause 1 c). À cette date, le VENDEUR transférera à l'ACQUÉREUR les terrains libres de toute charge quelle qu'elle soit, et l'ACQUÉREUR s'engage à hypothéquer en faveur du VENDEUR en règlement du solde dû conformément aux conditions établies à la clause 1 d).

Désireuse d'obtenir quelque deux cents acres de terrain dans la ville de St-Vital pour fins de lotissement, Metropolitan Homes a retenu les services des agents d'immeubles Oldfield, Kirby & Gardner pour faire l'acquisition d'options d'achat des propriétaires de terrain situé dans la zone en question. Politzer, un des propriétaires, a signé une des ces ententes et il a touché \$100. Il a reçu une autre somme de \$900 dans les délais de quatre-vingt-dix jours mentionnés à la clause 1 b) ainsi que la lettre portant sur l'exercice de l'option. Avant d'apposer sa signature, il signala que l'entente ne prévoyait aucun délai dans les limites duquel l'acquéreur devait conclure l'entente d'aménagement prévue à la clause 9, mais l'agent de Oldfield, Kirby & Gardner l'a assuré, comme le juge de première instance l'a constaté, que l'entente d'aménagement serait conclue dans un délai de deux ans.

Pour de nombreuses raisons, la conclusion de l'entente d'aménagement fut retardée pendant longtemps. En 1968, la municipalité métropolitaine de Winnipeg a dévoilé un plan directeur d'aménagement en vertu duquel certains terrains, y compris ceux de Politzer, ont été «gelés» en attendant l'aménagement de terrains situés au nord des siens. Le délai de deux ans mentionné par l'agent et une période additionnelle de quatre ans se sont écoulés, durant lesquels Politzer a payé les taxes foncières de même que \$3,000 en capital et en intérêts sur une hypothèque qui grevait sa propriété. À quelques reprises, Politzer tenta vainement de faire modifier l'entente. Finalement, le 5 juillet 1972, son avocat a avisé par écrit Metropolitan Homes que l'option avait pris fin et il lui a demandé de retirer le caveat déposé auprès du Bureau des titres de biens-fonds de Winnipeg. Il y eut ensuite une lettre datée du 11 juillet qui annonçait que la propriété avait été vendue. Le 13 juillet, malgré que l'entente d'aménagement ne fût pas encore conclue, Metropolitan Homes a fait parvenir à Politzer la somme de \$23,000 en règle-

payment was rejected. Politzer then moved in the Court of Queen's Bench to have the caveat vacated and Metropolitan Homes responded with an action against him for specific performance or damages in lieu.

When the matter came before the Court of Appeal for Manitoba, Freedman C.J.M., delivering the judgment of the Court, was of the opinion that the document dated March 2, 1966, from which the dispute arose, was in its origin an option but that the option had been duly accepted and exercised within the 90-day period and the document thereupon became, by its very terms, "a binding agreement of purchase and sale" and to hold otherwise, the learned Chief Justice said, "would be to blind one's self to the plain and unambiguous language of the document." It was held that the rule against perpetuities had no application. I agree that if the document were a valid agreement for the purchase and sale of land it would operate to vest an equitable interest in the land in Metropolitan Homes and the rule against perpetuities would have no application, but with all respect for the opinion of a very eminent jurist, I do not think the document is an agreement of purchase and sale. The label which the parties give to an instrument will not necessarily determine its character. An instrument may be an option although stated therein to be an agreement for sale and the reverse is also true. The substance of the document, collected from its entirety, rather than the form, must determine its character. The difference between a contract of purchase and sale and an option is, of course, that under a contract of purchase and sale one party is bound to sell and the other party is bound to buy, whereas an option merely gives a right to purchase without an obligation to do so. With respect, it appears to me that para. 3 of the agreement was not given any or sufficient weight by the Court of Appeal; it is not mentioned in the judgment of the Court. The paragraph in my opinion is vital and its effect is fatal to the argument of counsel for the respondent that the agreement is a binding agreement for the purchase and sale of land. The sole purpose and effect of this paragraph, when read with the rest of

ment du paiement prévu à la clause 1 c) de leur entente. Ce paiement fut refusé. Politzer se présenta ensuite devant la Cour du Banc de la Reine pour faire annuler le caveat et Metropolitan Homes a réagi en intentant contre lui une action soit en exécution d'obligation ou soit en dommages-intérêts.

En Cour d'appel du Manitoba, le juge en chef Freedman, qui a prononcé le jugement de la Cour, était d'avis que le document du 2 mars 1966, qui a donné lieu au litige, était originellement une option mais que cette option avait été dûment acceptée et exercée dans le délai prescrit de quatre-vingt-dix jours de sorte que le document est ainsi devenu, selon ses propres termes, [TRADUCTION] «une convention obligatoire de vente et d'achat», et selon le juge en chef, conclure différemment [TRADUCTION] «équivaldrait à fermer volontairement les yeux sur la clarté et la précision des termes du document». On a conclu à l'inapplication de la règle contre la pérennité des droits contingents. Je conviens que si le document était une convention valide de vente et d'achat de terrains, cela conférerait à Metropolitan Homes des droits en *equity* sur les terrains et la règle contre la pérennité serait alors inapplicable, mais avec tout le respect pour l'opinion d'un très éminent juriste, je ne crois pas que le document constitue une convention de vente et d'achat. Le titre que les parties décernent à un acte juridique ne détermine pas nécessairement sa nature. Un acte peut être une option même si on y indique qu'il s'agit d'une convention de vente, et vice versa. L'essence du document, extraite de son ensemble plutôt que de sa forme, doit en déterminer la nature. La différence entre un contrat de vente et d'achat et une option est qu'en vertu d'un contrat de vente et d'achat une partie est tenue de vendre et l'autre d'acheter, tandis qu'une option ne donne que le droit d'acheter sans qu'on y soit obligé. Avec respect, il me semble que la Cour d'appel n'a pas accordé suffisamment d'importance à la clause 3 de l'entente; l'arrêt rendu par la Cour n'en fait même pas mention. À mon avis, cette clause est fondamentale et son effet est néfaste à la prétention de l'avocat de l'intimée que l'entente est une convention obligatoire de vente et d'achat. Compte tenu de l'ensemble du document, cette clause a pour seul but d'assurer à Metropoliti-

the agreement, is to ensure that Metropolitan Homes shall have the right to buy Politzer's land but shall, under no circumstances, be bound to do so. How can one have a binding agreement of purchase and sale if no one is bound to buy? Where is the mutuality of obligation? What remedy would Politzer have if Metropolitan Homes acted under para. 3 and decided not to complete the purchase? Where is the mutuality of remedy? A careful reading of the entire document will disclose that Metropolitan Homes is bound to nothing and assumes no obligation of any kind or nature. Politzer was bound; Metropolitan Homes was free. It necessarily follows in my opinion that the document is an option and not an agreement of purchase and sale.

The next question is whether the option infringes the rule against perpetuities. A corollary question is whether Metropolitan Homes is entitled to specific performance of the personal covenant of Politzer notwithstanding that the interest in land created by the agreement may vest beyond the perpetuity period. It can, I think, be taken as settled law in Canada since the judgment of Judson J., speaking for the majority of the Court, in *Frobisher Ltd. v. Canadian Pipelines & Petroleums Ltd. et al.*², that an option to purchase land for a named consideration gives rise to an equitable interest in land. The interest is not, however, so vested as to be immune from the rule against perpetuities if the option can be exercised beyond the perpetuity period; in this case, since no life is specified, 21 years. In the recent judgment of this Court in *Canadian Long Island Petroleum Ltd. and Sadim Oil & Gas Co. Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. et al.*³, Martland J. found the rationale to be accurately stated in the following passage from Morris and Leach, *The Rule Against Perpetuities*, 2nd ed., p. 219:

The reasoning by which this result was reached was as follows. An option to purchase land is specifically enforceable. This gives the optionholder an equitable interest in the land; this interest is contingent upon his election to exercise the option. Contingent interests in land are void unless they must vest (if at all) within the

tan Homes le droit d'acheter le terrain de Politzer sans y être obligée d'aucune façon. Comment un contrat de vente et d'achat peut-il exister si personne n'est tenue d'acheter? Où y a-t-il réciprocité d'obligations? Quel recours aurait Politzer si Metropolitan Homes, agissant en vertu de la clause 3, décidait de ne pas conclure la transaction? Où y a-t-il réciprocité de recours? Une lecture attentive de tout le document révèle que Metropolitan Homes n'est aucunement liée et n'assume aucune obligation quelle qu'elle soit. Politzer était lié; Metropolitan Homes ne l'était pas. Il en découle donc, selon moi, que le document constitue une option et non un contrat de vente et d'achat.

Nous devons décider maintenant si le privilège enfreint la règle contre la pérennité. En corollaire, nous devons décider si Metropolitan Homes peut demander l'exécution même de l'engagement de Politzer même si les droits sur le terrain créés par cette entente peuvent être attribués au-delà de la «*perpetuity period*». Depuis la décision rendue par le juge Judson au nom de la majorité de la Cour dans l'affaire *Frobisher Ltd. c. Canadian Pipelines & Petroleums Ltd. et al.*², il semble bien établi au Canada qu'une option d'achat de terrain en retour d'une contrepartie désignée fait naître un droit en *equity* sur le terrain. Cependant, ce droit n'est pas attribué de façon à échapper à la règle contre la pérennité si l'option est exercée au-delà de la «*perpetuity period*» qui, en l'espèce, est de 21 ans puisqu'aucune vie n'est spécifiée. Dans une récente décision de cette Cour dans *Canadian Long Island Petroleum Ltd. and Sadim Oil & Gas Ltd. c. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd. et al.*³, le juge Martland était d'avis que le principe était très bien exposé dans cet extrait de Morris et Leach, *The Rule Against Perpetuities*, 2^e éd., p. 219:

[TRADUCTION] Le raisonnement qui a conduit à cette conclusion a été le suivant. Une option d'acheter un bien-fonds est une obligation dont on peut exiger l'exécution même. Cela donne au détenteur de l'option un droit en *equity* sur le bien-fonds, droit qui dépend du choix de ce détenteur de lever l'option. Les droits éven-

² [1960] S.C.R. 126.

³ [1975] 2 S.C.R. 715.

² [1960] R.C.S. 126.

³ [1975] 2 R.C.S. 715.

perpetuity period. Therefore, an option to purchase which may be exercised beyond the perpetuity period is void to the extent that it creates an interest in land.

Metropolitan Homes obtained a contingent equitable interest, the contingency being the election to exercise its right to purchase Politzer's lands by making the payment and executing the mortgage referred to in para. 1(c) and (d) within 30 days of Metropolitan Homes (a) executing an agreement for residential and/or commercial subdivision and development with the City of St. Vital for the area of which Politzer's lands form a part and (b) obtaining the necessary governmental approvals on a plan of residential and/or commercial subdivision. Until the election to which I have referred was made, Politzer could not tell whether he would ever be obliged to convey the land. Nothing in the agreement assured that the election would be made within the perpetuity period. Metropolitan Homes indeed strenuously resisted every attempt by Politzer to have the agreement amended to state an expiry date. The effect of the agreement, as Solomon J. properly observed, was to oblige Politzer to hold the land for Metropolitan Homes in perpetuity or until Metropolitan Homes and the City of St. Vital were ready to sign a development agreement. Although it was very likely that the development agreement would be executed at some time within two to 15 years from the signing of the option agreement, the rule against perpetuities is concerned with the certainty of vesting, not with the likelihood of vesting. It is elementary that in Canada there is no wait and see rule: the interest must be good in its creation.

On the corollary point, the Manitoba Court of Appeal held that the rule against perpetuities has no application in an action for specific performance brought against the covenantor himself. It was argued before us that even though the agreement is an option agreement which creates an interest in land and that interest is ostensibly void for remoteness of vesting, the Court will allow an action for specific performance based on the personal covenant of the covenantor, in this case the

tuels sur le bien-fonds sont nuls à moins qu'ils puissent être dévolus (si la dévolution est possible) dans les limites de la «*perpetuity period*». Par conséquent, une option d'achat qui peut être levée au-delà de la «*perpetuity period*» est nulle dans la mesure où elle crée un droit sur le bien-fonds.

Metropolitan Homes a obtenu un droit éventuel en *equity*, l'éventualité étant le choix d'exercer son droit d'achat sur les terrains de Politzer en effectuant le paiement et en concluant l'hypothèque mentionnés aux clauses 1 c) et d) dans les délais de trente jours après avoir a) conclu une entente avec la ville de St-Vital en vue du lotissement et de l'aménagement résidentiel et/ou commercial de la zone que composent en partie les terrains de Politzer et b) obtenu les approbations gouvernementales nécessaires au plan de lotissement résidentiel et/ou commercial. Jusqu'à ce que soit fait le choix que j'ai mentionné plus haut, Politzer ne pouvait savoir s'il serait jamais obligé de céder le terrain. Rien dans l'entente ne lui assurait que ce choix serait fait dans les limites de la «*perpetuity period*». De fait, Metropolitan Homes a résisté avec acharnement à chaque tentative de Politzer de faire modifier l'entente pour y inclure une date limite. Selon le juge Solomon, l'entente avait pour effet d'obliger Politzer à conserver le terrain pour Metropolitan Homes à perpétuité ou jusqu'à ce que Metropolitan Homes et la ville de St-Vital soient prêtes à conclure une entente d'aménagement. Même s'il était fort probable que l'entente d'aménagement serait conclue dans un délai de deux à 15 ans de la date de la signature de l'option, la règle contre la pérennité s'intéresse à la certitude d'une dévolution de droits et non à sa probabilité. Nous savons tous, au Canada, que l'attitude expectante n'est consacrée par aucune règle: un droit doit être valide dès sa création.

Concernant le corollaire, la Cour d'appel du Manitoba a conclu à l'inapplication de la règle contre la pérennité dans une action en exécution d'obligation intentée contre la partie contractante elle-même. Il a été allégué devant nous que même si l'entente porte sur une option qui crée un droit sur le terrain et même si ce droit est manifestement nul en raison de l'éloignement de la dévolution, la Cour doit accueillir l'action en exécution d'obligation vu l'engagement personnel de la partie

vendor. Authority for this proposition is said to be found in the cases of: *South Eastern Railway Co. v. Associated Portland Cement Manufacturers (1900) Ltd.*⁴; *Hutton v. Watling*⁵; *Re Kennedy & Beauceage Mines Ltd.*⁶; and dicta from two decisions of this Court: the *Frobisher* case, *supra*, and *Prudential Trust Co. Ltd. v. Forseth*⁷. The proposition is stated in 29 Hals., 3rd ed., at p. 297, citing the *Cement Company's* case as authority for the emphasized passage:

A contract relating to a right of or equitable interest in property *in futuro* may be intended to create a limitation of land only, in which case, if the limitation is to take effect beyond the perpetuity period, the contract is wholly void and unenforceable; or the contract may, upon its true construction, be a personal contract only, in which case the rule does not apply to it; or it may, upon its true construction, be, as regards the original covenantor, both a personal contract and a contract attempting to create a remote limitation. In the last-mentioned case the limitation will be bad for perpetuity, but the personal contract will be enforceable, if the case otherwise admits, against the promisor by specific performance or by damages, or against his personal representatives in damages, or possibly by specific performance.

The reasoning behind this proposition is stated by Morris and Leach at p. 215:

The ground on which this result was reached was that the jurisdiction to grant specific performance is founded not on the equitable interest in the land which the contract confers on the purchaser, but on the ground that damages will not afford an adequate remedy: "in other words, specific performance is merely an equitable mode of enforcing a personal obligation with which the Rule Against Perpetuities has nothing to do." (quoting Jenkins, J., in *Hutton v. Watling*, (1948) Ch. 26, 36)

I should have thought the decision of this Court in *Harris v. Minister of National Revenue*⁸ to be decisive against any such proposition. The *Harris*

contractante, le vendeur en l'espèce. Cette thèse s'appuierait sur les décisions suivantes: *South Eastern Railway Co. v. Associated Portland Cement Manufacturers (1900) Ltd.*⁴; *Hutton v. Watling*⁵; *Re Kennedy & Beauceage Mines Ltd.*⁶; et sur les dicta contenus dans deux décisions rendues par cette Cour: l'affaire *Frobisher*, précitée, et *Prudential Trust Co. Ltd. c. Forseth*⁷. Cette thèse est énoncée dans 29 Hals., 3^e éd., à la p. 297, où l'on cite l'affaire dite *Cement Company's* à l'appui du passage souligné:

[TRADUCTION] Un contrat concernant un droit futur en *equity* sur un bien-fonds peut avoir comme seul objet de grever le terrain, et en pareil cas, si la charge doit subsister au-delà de la «*perpetuity period*», le contrat est alors absolument nul et non exécutoire; ou le contrat peut, selon son interprétation véritable, n'être qu'un contrat personnel, et, dans un tel cas, la règle ne s'y applique pas; ou il peut, selon son interprétation véritable, être, en ce qui concerne la partie contractante originale, à la fois un contrat personnel et un contrat visant à créer une charge lointaine. En pareil cas, la charge sera nulle pour cause de pérennité, mais le contrat personnel sera exécutoire, si on n'y prévoit pas autrement, contre le promettant en exécution d'obligation ou en dommages-intérêts, ou contre ses représentants personnels en dommages-intérêts ou, peut-être, en exécution d'obligation.

Morris et Leach justifient cette thèse comme suit à la p. 215:

[TRADUCTION] Cette conclusion vient du fait que le pouvoir d'ordonner l'exécution de l'obligation découle non pas du droit en *equity* sur le bien-fonds que le contrat confère à l'acquéreur, mais du fait que les dommages-intérêts ne constituent pas un redressement approprié: «en d'autres termes, le recours en exécution d'obligation constitue simplement une façon équitable de rendre exécutoire une obligation personnelle avec laquelle la règle contre la pérennité n'a rien à voir». (Le juge Jenkins dans *Hutton v. Watling*, (1948) Ch. 26, p. 36)

J'aurais cru que la décision de cette Cour dans *Harris c. Le ministre du Revenu national*⁸, aurait réglé le sort d'une telle proposition. L'affaire

⁴ [1910] 1 Ch. 12.

⁵ [1948] Ch. 26.

⁶ [1959] O.R. 625.

⁷ [1960] S.C.R. 210.

⁸ [1966] S.C.R. 489.

⁴ [1910] 1 Ch. 12.

⁵ [1948] Ch. 26.

⁶ [1959] O.R. 625.

⁷ [1960] R.C.S. 210.

⁸ [1966] R.C.S. 489.

case concerned a lease-option agreement by which the appellant had a lease on a service station for 200 years at the end of which time he had an option to purchase. The Court held that the clause giving the appellant an option to purchase the property at the end of 200 years offended the rule against perpetuities and was void. The argument was submitted by counsel for the appellant in that case, as in the instant case, that even if the clause giving the option in so far as it created a limitation of land was bad it also evidenced a personal contract unaffected by the rule against perpetuities and was specifically enforceable against the covenantor. In dismissing this argument, Cartwright J., as he then was, assented to the view that an agreement merely personal, not creating an interest in land, is not subject to the rule against perpetuities. He concluded, however, that the dictum of Cozens-Hardy M.R. in the *Cement Company's* case that a personal covenant could be enforced against an original covenantor, even though the interest in land created by the agreement was void, was based on a misunderstanding of what had been said by Jessel M.R. in *London and South Western Railway Co. v. Gomm*.⁹ Cartwright J. considered that *Hutton v. Watling* and *Re Kennedy & Beauceage Mines Ltd.* had been wrongly decided and ought not to be followed; and that dicta in *Frobisher* and *Forseth*—citing the passage from *Halsbury, supra*, with approval—did not bind the Court in accepting the passage or approving the decision in the *Cement Company's* case. The central difficulty, it would seem, is that a single contract cannot readily be regarded as “merely personal” and at the same time as creating an equitable interest in land. Once an option clause creating a land interest is found to be void as infringing the rule against perpetuities, there is really nothing left in the agreement in the nature of a personal contract that can be specifically enforced. As Cartwright J. observed, the phrase “an agreement merely personal” in the sense in which it is used by Farwell L. J. in the *Cement Company's* case means simply an agreement which does not create an interest in land. In short, the option agreement before us is an agreement creating an interest in land and is void as infringing the

⁹ (1882), 20 Ch. D. 562.

Harris portait sur une convention de louage et d'option d'achat en vertu de laquelle l'appelant avait obtenu un bail sur une station-service pour une période de 200 ans à l'expiration de laquelle il avait une option d'achat. La Cour a décidé que la clause qui accordait à l'appelant une option d'achat sur la propriété à la fin du terme de 200 ans allait à l'encontre de la règle contre la pérennité et était nulle. Dans cette affaire-là, comme dans celle-ci, l'avocat de l'appelant a allégué que même si la clause était invalide dans la mesure où elle grevait l'immeuble, elle attestait également un contrat personnel qui n'était pas touché par la règle contre la pérennité et qui était exécutoire contre la partie contractante. En rejetant cette prétention, le juge Cartwright, alors juge puîné, a été d'avis qu'une convention purement personnelle qui ne créait pas de droit sur le bien-fonds n'est pas assujettie à la règle contre la pérennité. Cependant, il a conclu que le dictum du juge Cozens-Hardy, maître des rôles, dans l'affaire dite *Cement Company's*, selon lequel un engagement personnel peut être exécuté contre la partie contractante originale même si le droit sur le bien-fonds créé par la convention est nul, était fondé sur une mauvaise interprétation des propos du juge Jessel, maître des rôles, dans *London and South Western Railway Co. v. Gomm*.⁹ Le juge Cartwright était d'avis que les causes *Hutton v. Watling* et *Re Kennedy & Beauceage Mines Ltd.* n'avaient pas été décidées à bon droit et ne devaient pas être suivies; et que les dicta dans *Frobisher* et *Forseth*—où était cité et approuvé un extrait de *Halsbury, précité*—n'obligeait pas la Cour à accepter l'extrait ou à approuver la décision rendue dans l'affaire dite *Cement Company's*. Il semble que la principale difficulté réside dans le fait qu'on ne peut facilement considérer un contrat comme étant à la fois «purement personnel» et créateur d'un droit en *equity* sur un bien-fonds. Dès qu'une clause d'option qui crée un droit sur un bien-fonds est déclarée nulle parce qu'elle enfreint la règle contre la pérennité, on ne retrouve en réalité dans l'entente aucun contrat personnel en vertu duquel une ordonnance d'exécution pourrait être rendue. Comme l'a souligné le juge Cartwright, l'expression «une convention purement personnelle» telle

⁹ (1882), 20 Ch. D. 562.

rule against perpetuities; it is not merely a personal contract and, therefore, Metropolitan Homes is not entitled to an order for specific performance.

For the foregoing reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal for Manitoba and restore the judgment of Solomon J. with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the defendant, appellant: Irwin I. Cutler, Winnipeg.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Buchwald, Asper, Henteleff, Zitzerman, Goodwin, Greene & Shead, Winnipeg.

qu'elle a été employée par le lord juge Farwell dans l'affaire dite *Cement Company's*, signifie tout simplement une convention qui ne crée pas un droit sur le bien-fonds. Bref, l'option en cause représente une convention qui crée un droit sur le bien-fonds et qui est nulle parce qu'elle enfreint la règle contre la pérennité; elle ne constitue pas simplement un contrat personnel et, par conséquent, Metropolitan Homes n'a pas droit à une ordonnance enjoignant l'exécution même de l'obligation.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le jugement du juge Solomon, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur du défendeur, appellant: Irwin I. Cutler, Winnipeg.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Buchwald, Asper, Henteleff, Zitzerman, Goodwin, Greene & Shead, Winnipeg.

Vincenzo Prata *Appellant*;

and

Minister of Manpower and Immigration
Respondent.

1974: October 18; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration—Deportation order—Discretionary power of the Immigration Appeal Board to stay execution of the order—Loss of this power in certain cases by the filing of a certificate signed by the Minister and the Solicitor General, based on the national interest—Whether subject of the order has the right to be heard before certificate is filed—Whether appellant was deprived of his right to equality before the law by the filing of this certificate—Whether he is subject to arbitrary detention, imprisonment or exile—Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-2, ss. 15, 21—Canadian Bill of Rights, ss. 1 (b), 2 (a), 2 (e).

A deportation order was made in respect of appellant, who was not a Canadian citizen, nor was he domiciled in Canada within the meaning of the *Immigration Act*. The latter appealed to the Immigration Appeal Board and also asked it to exercise its discretion under s. 15 of the *Immigration Appeal Board Act*. The appeal was dismissed, and, before this Court, the validity of the deportation order was not contested.

The Board refused the request to exercise its discretion under s. 15, holding that by virtue of the fact that a certificate had been filed by the Minister and the Solicitor General under the provisions of s. 21 of the Act, the Board had been stripped of jurisdiction to consider appellant's appeal under the provisions of s. 15. An appeal was taken to the Federal Court of Appeal and was dismissed, with one dissenting judgment. Leave to appeal to this Court was granted by the Federal Court of Appeal. Appellant submitted that (1) the s. 21 certificate was invalid because he had not had any opportunity to be heard before it was made; and (2) the provisions of the *Canadian Bill of Rights* prevent the application of s. 21 in the circumstances of the case at bar.

Held: The appeal should be dismissed.

Vincenzo Prata *Appellant*;

et

Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration *Intimé.*

1974: le 18 octobre; 1975: le 28 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration—Ordre d'expulsion—Pouvoir discrétionnaire de la Commission d'appel de l'immigration de surseoir à l'exécution de l'ordonnance—Privation de ce pouvoir en certains cas par dépôt de certificat signé par Ministre et solliciteur général invoquant l'intérêt national—Personne objet de l'ordonnance a-t-elle le droit d'être entendue avant la production du certificat?—Est-elle privée de son droit à l'égalité devant la loi par production de ce certificat?—Est-elle sujette à la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraire?—Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. I-2, art. 15, 21—Déclaration canadienne des droits, art. 1 b), 2 a), 2 e).

Une ordonnance d'expulsion a été rendue contre l'appelant qui n'était pas citoyen canadien ni domicilié au Canada conformément à la *Loi sur l'immigration*. Ce dernier en a appelé à la Commission d'appel de l'immigration et lui a demandé d'exercer sa discrétion en vertu de l'art. 15 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*. L'appel a été rejeté, et, devant cette Cour, la validité de l'ordonnance d'expulsion n'a pas été contestée.

Celle-ci a refusé la requête d'exercer sa discrétion en vertu de l'art. 15 en statuant qu'en raison du dépôt d'un certificat par le Ministre et le solliciteur général en vertu de l'art. 21 de la Loi, elle n'avait pas le pouvoir de prendre l'appel de l'appelant en considération aux termes de l'art. 15. Un appel interjeté à la Cour d'appel fédérale a été rejeté avec dissidence. L'autorisation d'appeler à cette Cour a été accordé par la Cour d'appel fédérale. L'appelant soutient 1) que le certificat prévu à l'art. 21 était invalide parce qu'il n'a pas eu l'occasion d'être entendu avant qu'il soit émis, et 2) que l'application de l'art. 21 vient à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits* dans les circonstances de l'espèce.

Arrêt: L'appel doit être rejeté.

In seeking to obtain the exercise by the Board of its discretionary powers under s. 15, the appellant is not asserting a right, but is attempting to obtain a discretionary privilege.

The Board's discretion as defined in s. 15 is expressly limited by the provisions of s. 21, which forbid the Board to exercise its s. 15 discretionary powers if the appropriate certificate signed by the Minister of Manpower and Immigration and by the Solicitor General has been filed with it. Section 21 specifies that, based on security or intelligence reports which they receive, the two ministers may form an opinion that it would be contrary to the national interest for the Board to exercise a discretion in a particular case. It also provides that their certificate is conclusive proof of the matters stated in it. The section does not define the rights of persons subject to a deportation order. It deals with the jurisdiction of the Board to exercise a discretion. The purpose of the section excludes the suggestion that the two ministers may not formulate their opinion and certify it without first permitting the person affected to be heard. The Board had no option, upon the filing of the certificate, save to rule in the way in which it did.

With respect to the appellant's contention that the application of s. 21 deprived him of the right to "equality before the law" declared by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, because it did not apply equally to all persons seeking the exercise of the discretion provided by s. 15, s. 21 seeks to achieve a valid federal objective. Legislation dealing with a particular class of people is valid if enacted to achieve such an objective. With respect to the appellant's contention that there had been an infringement of s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* because he had been deprived of a fair hearing, the validity of the deportation order was not attacked, and there was no contention that it had not been made in accordance with the procedure laid down by the *Immigration Act* and the regulations. Similarly, there was no "arbitrary" detention, imprisonment or exile under s. 2(a) of the *Canadian Bill of Rights* because there was no attack upon the validity of the deportation order.

R. v. Governor of Pentonville Prison, [1973] 2 All. E.R. 741; *R. v. Burnshine* (1974), 44 D.L.R. (3d) 584, referred to.

En essayant d'obtenir de la Commission l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires en vertu de l'art. 15, l'appellant ne cherche pas à faire reconnaître un droit, mais il tente plutôt d'obtenir un privilège discrétionnaire.

La discrétion de la Commission définie à l'art. 15 est expressément limitée par la disposition de l'art. 21 qui interdit à la Commission d'exercer le pouvoir discrétionnaire de l'art. 15 si le certificat approprié signé par le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration et par le solliciteur général a été produit auprès de la Commission. L'article 21 précise qu'en se fondant sur les rapports de sécurité ou de police qu'ils reçoivent, les deux ministres peuvent juger qu'il serait contraire à l'intérêt national que la Commission exerce, dans un cas particulier, sa discrétion. Il déclare aussi que leur certificat constitue une preuve péremptoire des énonciations qu'il renferme. L'article ne définit pas les droits d'une personne faisant l'objet d'une ordonnance d'expulsion. Il traite de la compétence de la Commission d'exercer sa discrétion. L'intention de l'article exclue la proposition que les deux ministres ne pourraient pas exprimer leur avis et l'attester sans d'abord permettre à la personne visée d'être entendue. La Commission n'avait pas d'autre choix, sur production d'un certificat, que de décider de la façon dont elle l'a fait.

Quant à la prétention de l'appellant à l'effet que l'application de l'art. 21 l'avait privé de son droit à l'«égalité devant la loi» reconnu par l'art. 1 b) de la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'il ne s'appliquait pas également à toutes les personnes demandant l'exercice de la discrétion prévu par l'art. 15, l'art. 21 vise un objectif fédéral régulier. Une loi qui vise une catégorie particulière de personnes est valide si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un tel objectif. Quant à la prétention de l'appellant à l'effet qu'il y a eu violation de l'art. 2 e) de la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'il a été privé du droit d'être entendu, la validité de l'ordonnance d'expulsion n'a pas été contestée et il n'y a pas eu de prétention à l'effet qu'elle n'a pas été rendue conformément à la procédure prévue par la *Loi sur l'immigration* et ses règlements. De même, il n'y a pas eu de détention, d'emprisonnement ou d'exil «arbitraire» aux termes de l'art. 2 e) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que la validité de l'ordonnance d'expulsion n'a pas été contestée.

Arrêts mentionnés: *R. v. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All. E.R. 741; *R. v. Burnshine* (1974), 44 D.L.R. (3d) 584.

APPEAL from a judgment of the Federal Court

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédé-

of Appeal¹, dismissing an appeal from a decision of the Immigration Appeal Board refusing to exercise its discretion under s. 15 of the *Immigration Appeal Board Act*. Appeal dismissed.

J. A. Hoolihan, Q.C., for the appellant.

N. A. Chalmers, Q.C., and *E. A. Bowie*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—A deportation order was made in respect of the appellant on October 29, 1971. At that time he was not a Canadian citizen, nor was he domiciled in Canada within the requirements of s. 4 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2. He appealed against the order to the Immigration Appeal Board pursuant to the *Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3. This appeal failed. He did not, before this Court, contest the validity of the deportation order.

Section 15 of the *Immigration Appeal Board Act* gives to the Board certain defined discretionary powers in cases where an appeal against a deportation order has been dismissed. The portions of that section which are relevant to this appeal are the following:

15. (1) Where the Board dismisses an appeal against an order of deportation or makes an order of deportation pursuant to paragraph 14(c), it shall direct that the order be executed as soon as practicable, except that the Board may,

(b) in the case of a person who was not a permanent resident at the time of the making of the order of deportation, having regard to

- (i) the existence of reasonable grounds for believing that if execution of the order is carried out the person concerned will be punished for activities of a political character or will suffer unusual hardship, or
- (ii) the existence of compassionate or humanitarian considerations that in the opinion of the Board warrant the granting of special relief,

rale¹ rejetant un appel d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration refusant d'exercer sa discrétion suivant l'art. 15 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*. Appel rejeté.

J. A. Hoolihan, c. r., pour l'appelant.

N. A. Chalmers, c. r., et *E. A. Bowie*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Une ordonnance d'expulsion a été rendue contre l'appelant le 29 octobre 1971. A cette époque-là, il n'était pas citoyen canadien ni domicilié au Canada conformément aux exigences de l'art. 4 de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, c. I-2. Il a interjeté appel de l'ordonnance à la Commission d'appel de l'immigration en vertu de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, c. I-3. L'appel a été rejeté. Devant cette Cour, il n'a pas contesté la validité de l'ordonnance d'expulsion.

L'article 15 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* permet à la Commission d'exercer sa discrétion dans certains cas déterminés, lorsqu'un appel d'une ordonnance d'expulsion a été rejeté. Les parties de cet article qui sont pertinentes au présent appel sont les suivantes:

15. (1) Lorsque la Commission rejette un appel d'une ordonnance d'expulsion ou rend une ordonnance d'expulsion en conformité de l'alinéa 14c), elle doit ordonner que l'ordonnance soit exécutée le plus tôt possible. Toutefois,

b) dans le cas d'une personne qui n'était pas un résident permanent à l'époque où a été rendue l'ordonnance d'expulsion, compte tenu

- (i) de l'existence de motifs raisonnables de croire que, si l'on procède à l'exécution de l'ordonnance, la personne intéressée sera punie pour des activités d'un caractère politique ou soumise à de graves tribulations, ou
- (ii) l'existence de motifs de pitié ou de considérations d'ordre humanitaire qui, de l'avis de la Commission, justifient l'octroi d'un redressement spécial,

¹ [1972] F.C. 1405.

¹ [1972] C.F. 1405.

direct that the execution of the order of deportation be stayed, or quash the order or quash the order and direct the grant of entry or landing to the person against whom the order was made.

The discretionary powers of the Board, are, however, made subject to an important limitation imposed by s. 21, the relevant portions of which provide:

SECURITY

21. (1) Notwithstanding anything in this Act, the Board shall not,

(a) in the exercise of its discretion under section 15, stay the execution of a deportation order or thereafter continue or renew the stay, quash a deportation order, or direct the grant of entry or landing to any person,

if a certificate signed by the Minister and the Solicitor General is filed with the Board stating that in their opinion, based upon security or criminal intelligence reports received and considered by them, it would be contrary to the national interest for the Board to take such action.

In the present case a certificate in compliance with s. 21 was filed with the Board. The Board held as follows:

With respect to the Board's discretionary powers under Section 15, the Board finds that by virtue of the fact that a Certificate has been filed under the provision of Section 21 of the Immigration Appeal Board Act, the Board has been stripped of jurisdiction to consider the appellant's appeal under the provisions of said Section 15 and, therefore directs that the Order be executed as soon as practicable.

An appeal was taken to the Federal Court of Appeal and was dismissed, with one dissenting judgment. Leave to appeal to this Court was granted by the Federal Court of Appeal.

In substance, counsel for the appellant makes two submissions in law:

1. That the s. 21 certificate was invalid because the appellant had not had any opportunity to be heard before it was made.

2. That the *Canadian Bill of Rights* prevents s. 21 from applying to preclude Prata from

la Commission peut ordonner de surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion ou peut annuler l'ordonnance et ordonner d'accorder à la personne contre qui l'ordonnance avait été rendue le droit d'entrée ou de débarquement.

Cependant, l'art. 21 impose une restriction importante au pouvoir discrétionnaire de la Commission. Les parties pertinentes de cet article prévoient:

SÉCURITÉ

21. (1) Nonobstant la présente loi, la Commission ne doit pas

a) dans l'exercice de sa discrétion en vertu de l'article 15 surseoir à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion ou, par la suite, prolonger ou renouveler le sursis, annuler une ordonnance d'expulsion, ou ordonner que le droit d'entrée ou de débarquement soit accordé à toute personne, ou

s'il est produit auprès de la Commission un certificat signé par le Ministre et par le solliciteur général où ils déclarent qu'à leur avis, fondé sur les rapports de sécurité ou de police criminelle qu'ils ont reçus et étudiés, il serait, pour la Commission, contraire à l'intérêt national de prendre cette mesure.

En l'espèce un certificat conforme à l'art. 21 a été produit auprès de la Commission. La Commission a statué comme suit:

En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire que l'art. 15 confère à la Commission, la Commission décide qu'en raison du dépôt d'un certificat en vertu de l'art. 21 de la Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, elle n'a pas le pouvoir de prendre l'appel de l'appellant en considération aux termes de l'art. 15, et, par suite, elle ordonne que l'ordonnance soit exécutée le plus tôt possible.

Un appel interjeté à la Cour d'appel fédérale a été rejeté avec une dissidence. L'autorisation d'appeler à cette Cour a été accordée par la Cour d'appel fédérale.

En substance, l'avocat de l'appellant a soumis deux arguments en droit:

1. Que le certificat prévu à l'art. 21 était invalide parce que l'appellant n'avait pas eu l'occasion d'être entendu avant qu'il soit émis.

2. Que la *Déclaration canadienne des droits* empêche que l'art. 21 s'applique de façon à

seeking to obtain the exercise by the Board of its discretionary powers under s. 15.

In considering whether the *audi alteram partem* rule can be invoked in the present case it is necessary to consider the following circumstances. The appellant is seeking to remain in Canada, but the deportation order, which is not now challenged, establishes that, in the absence of some special privilege existing, he has no right whatever to remain in Canada. He does not, therefore, attempt to assert a right, but, rather, attempts to obtain a discretionary privilege.

The position of an alien, at common law, was briefly summarized by Lord Denning M.R. in the recent case of *R. v. Governor of Pentonville Prison*², at p. 747, as follows:

At common law no alien has any right to enter this country except by leave of the Crown; and the Crown can refuse leave without giving any reason: see *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* [1969] 2 Ch. 149 at 168. If he comes by leave, the Crown can impose such conditions as it thinks fit, as to his length of stay, or otherwise. He has no right whatever to remain here. He is liable to be sent home to his own country at any time if, in the opinion of the Crown, his presence here is not conducive to the public good; and for this purpose, the executive may arrest him and put him on board a ship or aircraft bound for his own country: see *R. v. Brixton Prison (Governor), ex parte Soblen* [1963] 2 Q.B. 243 at 300, 301. The position of aliens at common law has since been covered by various regulations; but the principles remain the same.

The right of aliens to enter and remain in Canada is governed by the *Immigration Act*. That statute provides for the making of deportation orders, in the circumstances defined in the Act. Such an order was made with respect to the appellant and it is conceded that it was valid.

The *Immigration Appeal Board Act* provided for a right of appeal from a deportation order to the Board. Such an appeal was made in the present case and it was refused. The decision of the

² [1973] 2 All. E.R. 741.

priver Prata de chercher à obtenir que la Commission exerce son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 15.

En étudiant si la règle *audi alteram partem* peut être invoquée en l'espèce, il faut examiner les circonstances suivantes. L'appelant cherche à demeurer au pays, mais l'ordre d'expulsion, qui n'est pas contesté ici, établit que, s'il ne peut bénéficier d'aucun privilège particulier, il n'a aucun droit à demeurer au Canada. Par conséquent, il ne cherche pas à faire reconnaître un droit, mais il tente plutôt d'obtenir un privilège discrétionnaire.

La situation d'un étranger en *common law* a été brièvement résumée par lord Denning, maître des rôles, dans l'affaire récente *R. v. Governor of Pentonville Prison*², à la p. 747, de la façon suivante:

[TRADUCTION] En *common law*, un étranger n'a aucun droit d'entrer dans ce pays sauf avec la permission de la Couronne, permission qu'elle peut refuser sans fournir aucun motif: voir *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* [1969] 2 Ch. 149, à la p. 168. Lorsque permission lui est accordée, la Couronne peut imposer les conditions qu'elle juge nécessaires, à l'égard de la durée de son séjour ou à tout autre égard. Il n'a aucun droit absolu de demeurer ici. Il est susceptible d'être renvoyé dans son propre pays si en aucun temps, la Couronne juge que sa présence ici ne contribue pas à l'intérêt public; et à cette fin, les autorités peuvent le mettre sous arrêt et le conduire à bord d'un navire ou d'un aéronef à destination de son pays: voir *R. v. Brixton Prison (Governor), ex parte Soblen* [1963] 2 Q.B. 243 aux pp. 300 et 301. La situation des étrangers en *common law* a depuis fait l'objet de divers règlements mais les principes demeurent inchangés.

Le droit des étrangers d'entrer et de demeurer au Canada, est régi par la *Loi sur l'immigration*. Celle-ci prévoit l'établissement d'ordonnances d'expulsion selon les conditions qu'elle prescrit. Une telle ordonnance a été rendue à l'égard de l'appelant et les parties reconnaissent sa validité.

La *Loi de la Commission d'appel de l'immigration* prévoit qu'on peut interjeter appel à la Commission d'une ordonnance d'expulsion. En l'espèce, il y a eu un appel qui a été rejeté. La décision de la

² [1973] 2 All. E.R. 741.

Board in respect of the appeal is not challenged. That Act, however, gave to the Board a limited and defined jurisdiction to exercise, in certain circumstances, a discretion to permit a person to remain in Canada despite the fact that a deportation order had been made against him. The Board's discretion is defined in s. 15, but is expressly limited by the provisions of s. 21, which commences with the words "Notwithstanding anything in this Act, the Board shall not", and which proceeds to forbid the Board from exercising its s. 15 discretionary powers if the appropriate certificate signed by the Minister of Manpower and Immigration and by the Solicitor General had been filed with it.

The effect of s. 21 is to reserve to the Crown, notwithstanding the powers conferred upon the Board by the Act, the right, similar to the prerogative right which existed at common law, to determine that the continued presence in Canada of an alien, subject to a deportation order, would not be conducive to the public good. The certificate provided for in this section is a certificate of an opinion. It is not a decision on an issue, *inter partes*. Furthermore, the section defines the material upon which such opinion is to be based; *i.e.*, security or intelligence reports received and considered by the two ministers. Based on that material they may form an opinion that it would be contrary to the national interest for the Board to exercise a discretion in a particular case. The section provides that their certificate is conclusive proof of the matters stated in it.

In my opinion the purpose and the wording of s. 21 exclude the suggestion that the two ministers may not formulate their opinion and certify it without first permitting the person affected to be heard. Section 21 does not define the rights of persons subject to a deportation order. It deals with the jurisdiction of the Board and excludes from its jurisdiction to grant compassionate relief to such persons, cases where the continued presence of such persons in Canada would, in the opinion of the Crown, be contrary to the national interest.

Commission à l'égard de cet appel n'est pas contestée. La Loi donne toutefois à la Commission une compétence limitée et déterminée d'exercer sa discrétion, en certaines circonstances, afin de permettre à une personne de demeurer au Canada malgré l'ordonnance d'expulsion rendue contre elle. La discrétion de la Commission est définie à l'art. 15, mais elle est expressément limitée par la disposition de l'art. 21 qui débute par les mots «Nonobstant la présente loi, la Commission ne doit pas», et qui continue en interdisant à la Commission d'exercer le pouvoir discrétionnaire de l'art. 15 si le certificat approprié signé par le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration et par le solliciteur général a été produit auprès de la Commission.

L'art. 21 a pour effet de réserver à la Couronne, nonobstant les pouvoirs conférés à la Commission par la Loi, le droit, similaire à la prérogative qui existait en *common law*, de décider qu'un étranger visé par une ordonnance d'expulsion pourrait demeurer au Canada sans aller à l'encontre de l'intérêt public. Le certificat mentionné dans cet article est un certificat exprimant un avis. Il ne décide pas d'un litige *inter partes*. De plus, l'article précise sur quoi tel avis doit être fondé; *c.-à-d.* les rapports de sécurité ou de police reçus et étudiés par les deux ministres. En se fondant sur ces rapports, ils peuvent juger qu'il serait contraire à l'intérêt national que la Commission exerce, dans un cas particulier, sa discrétion. L'article déclare que leur certificat constitue une preuve péremptoire des énonciations qu'il renferme.

A mon avis, la lettre et l'intention de l'art. 21 excluent la proposition que les deux ministres ne pourraient pas exprimer leur avis et l'attester sans d'abord permettre à la personne visée d'être entendue. L'art. 21 ne définit pas les droits d'une personne faisant l'objet d'une ordonnance d'expulsion. Il traite de la compétence de la Commission et exclut de sa compétence d'octroyer un redressement fondé sur la pitié à certaines personnes les cas où la présence permanente au Canada serait, selon l'avis de la Couronne, contraire à l'intérêt national.

I should further point out that the Board in the present case, upon the filing of the certificate, had no option, in view of the wording of s. 21, save to rule that it could not deal with the appellant's request for relief under s. 15 in the way in which it did. I do not see how a statutory board, with a defined jurisdiction, would have any authority to declare invalid the certificate which had been filed with it. Control of the exercise of administrative powers, where it exists, does not rest with a statutory board, in the absence of express statutory power conferred upon it. I say this because in the present case the attack upon the action of the two ministers is made by way of an appeal from the Board's decision on the ground that it was not precluded from exercising its s. 15 powers in this case.

In my opinion the appellant's first submission fails.

The second ground of appeal is that the provisions of the *Canadian Bill of Rights* prevent the application of s. 21 in accordance with its terms, in the circumstances of the present case.

It is contended that the application of s. 21 has deprived the appellant of the right to "equality before the law" declared by s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The effect of this contention is that Parliament could not exclude from the operation of s. 15 persons who the Crown considered should not, in the national interest, be permitted to remain in Canada, because such persons would thereby be treated differently from those who are permitted to apply to obtain the benefits of s. 15. The purpose of enacting s. 21 is clear and it seeks to achieve a valid federal objective. This Court has held that s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* does not require that all federal statutes must apply to all individuals in the same manner. Legislation dealing with a particular class of people is valid if it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective (*R. v. Burnshine*)³.

³ (1974), 44 D.L.R. (3d) 584.

Je voudrais de plus signaler qu'en l'espèce, la Commission n'avait pas d'autre choix, sur production d'un certificat, que de décider, vu le texte de l'art. 21, qu'elle ne pouvait traiter la demande de l'appelant en vue d'un redressement en vertu de l'art. 15 de la façon dont elle l'a fait. Je ne vois pas comment une commission statutaire, possédant une compétence déterminée, aurait le pouvoir de déclarer invalide le certificat qui a été produit auprès d'elle. Le contrôle de l'exercice des pouvoirs administratifs, lorsqu'il existe, n'est pas dévolu à une commission statutaire à moins qu'une disposition législative expresse ne le lui confère. Je dis cela parce qu'en l'espèce, la décision des deux ministres est attaquée par voie d'appel de la décision de la Commission pour le motif que celle-ci n'était pas empêchée, dans le présent cas, d'exercer ses pouvoirs conformément à l'art. 15.

A mon avis, la première prétention de l'appelant ne peut être retenue.

Le second motif d'appel porte que l'application de l'art. 21 vient à l'encontre des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* dans les circonstances en l'espèce.

On a prétendu que l'application de l'art. 21 avait privé l'appelant du droit à l'«égalité devant la loi» reconnu par l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. Il résulterait de cette proposition que le Parlement ne pourrait empêcher que l'art. 15 vise des personnes qui, selon la Couronne, ne devraient pas avoir la permission, compte tenu de l'intérêt national, de demeurer au Canada parce qu'elles seraient alors traitées différemment de celles qui sont autorisées à demander le bénéfice du privilège de l'art. 15. Le but recherché par l'art. 21 est évident et il vise un objectif fédéral régulier. Cette Cour a décidé que l'al. b) du par. (1) de la *Déclaration canadienne des droits* n'exige pas que toutes les lois fédérales doivent s'appliquer de la même manière à tous les individus. Une loi qui vise une catégorie particulière de personnes est valide si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier (*R. v. Burnshine*)³.

³ (1974), 44 D.L.R. (3d) 584.

In my opinion his submission fails.

Reliance is also placed on s. 2(a) and (e) of the *Canadian Bill of Rights*, which provide as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(a) authorize or effect the arbitrary detention, imprisonment or exile of any person;

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

With respect to these submissions I would adopt the reasoning of Jackett C.J. in the Court below:

In considering the arguments of the appellant based on *Canadian Bill of Rights*, it is important to have in mind that everything of which the appellant feels aggrieved in this matter is the direct result of the deportation order. There is, however, no attack on the validity of the deportation order and there is no contention that that order was not made in accordance with the procedure laid down by the *Immigration Act* and Regulations for making such an order. Neither is there any contention that that procedure does not meet the requirements of "due process" contemplated by section 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* or "the principles of fundamental justice" contemplated by section 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. To the extent, therefore, if any, that that deportation order has interfered with the appellant's "life, liberty, security of the person or enjoyment of property" or has affected his "rights" or "obligations", there has been no conflict with the requirements of section 2 of the *Canadian Bill of Rights* in relation to section 1(a) or section 2(e) thereof.

Furthermore, as there has been no attack on the validity of the deportation order or upon the manner in which it was made, there can be no question of the "arbitrary" detention, imprisonment or exile of the

A mon avis, cette prétention n'a pas été établie.

On s'est aussi fondé sur les al. a) et e) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* dont voici le texte:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

a) autorisant ou prononçant la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraires de qui que ce soit;

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

A l'égard de ces prétentions, je ferais mien le raisonnement du juge en chef Jackett de la cour d'instance inférieure.

Dans l'étude des arguments de l'appellant fondés sur la *Déclaration canadienne des droits*, il est important de garder présent à l'esprit que tout ce que l'appellant attribue à une injustice, dans la présente affaire, est le résultat direct de l'ordonnance d'expulsion. Toutefois, il ne conteste pas la validité de l'ordonnance d'expulsion et il ne prétend pas que l'ordonnance n'ait pas été rendue conformément à la procédure prévue par la *Loi sur l'immigration* et ses règlements d'application. Il ne prétend pas non plus que la procédure n'ait pas été une «application régulière de la loi», aux termes de l'article 1 a) de la *Déclaration canadienne des droits*, ou qu'elle n'ait pas été conforme «aux principes de justice fondamentale», aux termes de l'article 2 e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Par conséquent, dans la mesure où l'on peut dire que l'ordonnance d'expulsion a porté atteinte à son droit «à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens» ou qu'elle a «modifié ses «droits» et «obligations», il n'y a eu aucune violation de l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, par rapport aux articles 1 a) ou 2 e) de celle-ci.

De plus, puisque la validité de l'ordonnance d'expulsion et la façon dont elle a été rendue ne sont pas contestées, il ne peut être question de détention, d'emprisonnement ou d'exil «arbitraire» de l'appellant aux

appellant within the meaning of section 2(a) of the *Canadian Bill of Rights*.

In the result, for the reasons given above, I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: John A. Hoolihan, Toronto.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

termes de l'article 2 a) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Par conséquent, pour les motifs énoncés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Appel rejeté.

Procureur de l'appelant: John A. Hoolihan, Toronto.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.

Harold Lowe *Appellant*;

and

The Minister of Manpower and Immigration
Respondent.

1974: October 18; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal was argued at the same time as the appeal in *Prata v. The Minister of Manpower and Immigration*. The issues which are raised on the appeal are the same as those which were raised in the *Prata* appeal. For the reasons given in that case, I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: John Taylor Associates, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney-General of Canada, Ottawa.

Harold Lowe *Appelant*;

et

Le ministre de la main-d'oeuvre et de l'immigration *Intimé.*

1974: le 18 octobre; 1975: le 28 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le présent appel a été plaidé en même temps que celui dans l'affaire *Prata c. Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*. Les questions soulevées sont identiques à celles de l'appel *Prata*. Pour les motifs donnés dans cette dernière affaire, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Appel rejeté.

Procureurs de l'appelant: John Taylor Associates, Vancouver.

Procureur de l'intimé: le Procureur général du Canada, Ottawa.

Pietro Sciara *Appellant*;

and

The Minister of Manpower and Immigration
Respondent.

1974: October 18; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal was argued at the same time as the appeal in *Prata v. The Minister of Manpower and Immigration*. The issues which are raised on the appeal are the same as those which were raised in the *Prata* appeal. For the reasons given in that case, I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: A. H. J. Zaitlin, Montreal.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

Pietro Sciara *Appelant*;

et

Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration
Intimé.

1974: le 18 octobre; 1975: le 28 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le présent appel a été plaidé en même temps que celui dans l'affaire *Prata c. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*. Les questions soulevées sont identiques à celles de l'appel *Prata*. Pour les motifs donnés dans cette dernière affaire, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Appel rejeté.

Procureur de l'appelant: A. H. J. Zaitlin, Montréal.

Procureur de l'intimé: D. S. Thorson, Ottawa.

William Hawrelak (*Defendant*) *Appellant*;

and

The City of Edmonton (*Plaintiff*)
Respondent.

1974: March 27, 28; 1975: March 7.

Present: Laskin C.J. and Judson, Spence, Dickson and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF
ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Municipal law—Mayor of city a major shareholder in building company—Shares sold at enhanced value after adoption by city of replotting programme—Mayor involved in certain land transactions—City's claim to recover gain made upon sale of shares dismissed.

The appellant was elected mayor of the respondent city on October 16, 1963. At that time he was a major shareholder in a company (Sun-Alta Builders Ltd.) which had acquired lands in an area that was annexed to the city in 1961. While he was mayor the appellant was involved in certain transactions, one of which was between Sun-Alta and the city and involved a consent by Sun-Alta to replotting and an agreement to sell some of its land to the city. That transaction cost the appellant his office as mayor as a result of disqualification proceedings taken against him under provincial legislation.

Another transaction involved an attempt by the Chrysler Corporation to acquire certain land owned by the city and to have it rezoned to suit Chrysler's intended use. In order to tempt the city to this end, Chrysler acquired certain lands adjacent to those owned by Sun-Alta, for the purpose of exchanging them for the city's land. The appellant favoured the exchange and, moreover, gave advice to Chrysler on a fresh presentation of its proposal to the city after its first approach had been rebuffed. The transaction came to nought when the city refused to pass the required rezoning by-law, but, thereafter, the city, being desirous of acquiring the Chrysler lands in order to advance its proposed replotting programme, purchased the land from Chrysler. The appellant took no part in the arrangements for the purchase. The city proceeded to adopt the replotting programme at a City Council meeting on November 23, 1964. The appellant did not vote on the question.

William Hawrelak (*Défendeur*) *Appelant*;

et

La Ville d'Edmonton (*Demanderesse*)
Intimée.

1974: le 27 et 28 mars; 1975: le 7 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Dickson et de Grandpré.

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

Droit municipal—Le maire d'une ville est un actionnaire principal d'une compagnie de construction—Actions vendues après que leur valeur eut augmentée suite au programme de relotissement adopté par la ville—Maire impliqué dans certaines transactions foncières—Rejet de la réclamation de la ville visant à recouvrer le profit sur la vente des actions.

Le 16 octobre 1963, l'appelant a été élu maire de la ville intimée. À cette époque, il était un actionnaire principal d'une compagnie (Sun-Alta Builders Ltd.) qui avait acquis des terrains dans une région annexée à la ville en 1961. L'appelant a été impliqué dans certaines transactions lorsqu'il était maire, dont une entre Sun-Alta et la ville qui prévoyait le consentement de Sun-Alta au relotissement et la vente par celle-ci de certains de ses terrains à la ville. Cette transaction a coûté à l'appelant son poste de maire par suite des procédures en destitution intentées contre lui en vertu de la loi provinciale.

Dans une autre transaction, la compagnie Chrysler a tenté d'acquérir un terrain appartenant à la ville et d'obtenir pour celui-ci un nouveau règlement de zonage pour son usage personnel. Afin d'inciter la ville à accepter cette proposition, Chrysler a acquis certains terrains adjacents à ceux de Sun-Alta dans le but de les échanger contre le terrain appartenant à la ville. L'appelant favorisait cet échange et il a même conseillé Chrysler sur une façon nouvelle de présenter sa proposition à la ville après l'échec de la première tentative. Cette transaction a échoué lorsque la ville a refusé d'adopter le règlement de zonage nécessaire, mais, par la suite, la ville a acheté les terrains de Chrysler parce qu'elle désirait aller de l'avant avec son programme de relotissement. L'appelant n'a pas participé aux démarches qui ont abouti à l'achat. La ville a procédé à l'adoption du programme de relotissement au cours de la réunion du Conseil municipal tenue le 23 novembre 1964. L'appelant n'a pas voté sur cette question.

Shortly after the adoption of the replotting programme by the city, the appellant sold his shares in Sun-Alta at a considerable profit over his small original cost. The city sued the appellant for the profits which he thus obtained and for damages. At trial, the city was awarded \$72,197. On appeal, the Appellate Division dismissed the appellant's appeal and allowed the city's counter-appeal, so that judgment against the appellant was increased to \$80,117. The appellant then appealed to this Court.

Held (Dickson and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Judson J.: There was no statutory basis for the city's claim to recover the gain which the appellant made upon the sale of his Sun-Alta shares, and there was no ground upon which the city could support it under the principles, which it invoked governing the duty of fiduciaries or persons of like character to account for profits made through improper use of position. On the facts of the case, the city's recovery under the judgments below soundered more in simple unjust enrichment than in accountability for breach of fiduciary duty, and there was no basis for the city's claim for recovery even in that aspect. The appellant was not unjustly enriched at the city's expense.

Per Laskin C.J. and Judson and Spence JJ.: The replotting was part of a development which had become the firm policy of the municipality prior to the time the appellant became mayor. That policy had been carried so far as to obtain from Sun-Alta and others their approval of the replotting and their agreement to convey lands making such replotting possible at a price which was a mere fraction of the value of those lands. The proposal for the exchange with the Chrysler Corporation would have made that replotting easier, or caused it to be carried out sooner. Any part the appellant played in furthering that exchange came to naught and the Chrysler lands were purchased by the city after it had full knowledge of the appellant's interest in the Sun-Alta lands adjacent thereto and without the city being in any way forced to carry out the purchase. The respondent simply failed to make out a case to fall within the *Regal (Hastings), Ltd.* line of authorities.

Moreover, even if the appellant by his actions had placed himself in the position where he was required to disgorge a profit, the respondent had not proved that the appellant made any profit as a result of his actions or position.

Peu après l'adoption du programme de relotissement par la ville, l'appelant a vendu ses actions dans Sun-Alta réalisant ainsi un profit considérable par rapport au coût original minime desdites actions. La ville a intenté une action contre l'appelant concernant les profits qu'il avait ainsi réalisés, et pour réclamer des dommages-intérêts. En première instance, la ville s'est vue adjuger la somme de \$72,197. En appel, la Division d'appel a rejeté l'appel de l'appelant et elle a accueilli celui de la ville, portant ainsi à \$80,117 le jugement rendu contre l'appelant. Ce dernier s'est alors pourvu devant cette Cour.

Arrêt (les juges Dickson et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et le juge Judson: Aucune disposition législative ne justifie la réclamation par laquelle la ville cherche à recouvrer le profit que l'appelant a retiré de la vente de ses actions dans Sun-Alta et la ville ne peut étayer cette réclamation en invoquant les principes régissant le devoir des fiduciaires ou des personnes semblables de rendre compte des profits retirés dans l'exercice irrégulier de leurs fonctions. A la lumière des faits du litige, le recouvrement par la ville en vertu des jugements de première instance et d'appel semble découler davantage de l'enrichissement sans cause que de l'obligation de rendre compte pour manquement aux devoirs fiduciaires, mais il n'y a pas non plus sous cet angle de fondement à la réclamation de la ville. L'appelant ne s'est pas indûment enrichi aux dépens de la ville.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence: Le relotissement représentait une étape du plan d'aménagement qui était devenu une politique bien établie de la municipalité avant que l'appelant ne devienne maire. A cette fin, l'on avait obtenu des propriétaires fonciers, dont Sun-Alta, leur accord pour procéder au relotissement et pour céder des terrains, rendant ainsi le relotissement possible à un prix qui ne représentait qu'une faible fraction de la valeur réelle de ces terrains. L'échange proposé avec la compagnie Chrysler aurait facilité ou accéléré ce relotissement. Les démarches de l'appelant pour concrétiser cet échange se sont avérées vaines et les terrains de Chrysler ont été achetés par la ville sans qu'elle y soit obligée d'aucune façon et alors qu'elle était au courant des intérêts de l'appelant dans les terrains de Sun-Alta adjacents à ceux visés par l'achat. L'intimée n'a pas démontré que la jurisprudence représentée par l'arrêt *Regal (Hastings), Ltd.* s'appliquait en l'espèce.

De plus, même si, par ses actes, l'appelant s'est retrouvé dans une situation qui exige qu'il restitue un profit, l'intimée n'a pas démontré que l'appelant a effectivement retiré un profit en raison de ses actes ou de son poste.

Per Dickson and de Grandpré JJ., *dissenting*: At all material times, as found by the Courts below, the appellant had a conflict of interest—(a) his important shareholdings in a company standing to benefit from a replot; (b) his duty to the population of the city, a duty which required that all decisions relating to the replot be taken objectively. The appellant failed to respect his duty to the population.

The concurrent findings of the Courts below that at the time City Council adopted the replotting programme all members of Council were not aware of the appellant's interest in the Sun-Alta lands involved in the replot was based on the evidence and should not be disturbed. Also, on the question of profit, the concurrent findings of the Courts below against the appellant should not be disturbed.

[*Toronto v. Bowes* (1854), 4 Gr. 489, aff'd. 6 Gr. 1, aff'd. 11 Moo. P.C. 463, 14 E.R. 770; *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver et al.*, [1942] 1 All E.R. 378; *Reading v. The King*, [1948] 2 K.B. 268, distinguished; *Midcon Oil and Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co. Ltd.*, [1958] S.C.R. 314; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, dismissing an appeal from a judgment of Kirby J. Appeal allowed, Dickson and de Grandpré JJ. *dissenting*.

B. J. MacKinnon, Q.C., and *J. E. Sexton*, for the defendant, appellant.

W. A. McGillivray, Q.C., and *J. W. Rose*, for the plaintiff, respondent.

Judson J. concurred with the judgment delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I agree with my brother Spence that this appeal should be allowed and the action dismissed for the reasons he has given. There is, however, another feature of this litigation with which I wish to deal and which equally, if not more emphatically, justifies dismissal of the action. The claim of the city is to recover the gain which the appellant Hawrelak made upon the sale of his shares in Sun-Alta Builders Limited. There is no statutory basis for the claim, and I am unable

¹ [1973] 1 W.W.R. 179, 31 D.L.R. (3d) 498.

Les juges Dickson et de Grandpré, *dissidents*: A l'époque pertinente, comme les Cours d'instance inférieure l'ont conclu, l'appelant était dans une situation de conflit d'intérêts—a) ses nombreuses actions dans une compagnie assurée d'être avantagée par un relotissement; b) son devoir envers la population de la ville, devoir qui exige que soient prises objectivement toutes les décisions concernant le relotissement. L'appelant a manqué à son devoir envers la population.

Les conclusions concordantes des Cours d'instance inférieure que les membres du Conseil municipal n'étaient pas tous au courant de l'intérêt de l'appelant dans les terrains de Sun-Alta à l'époque où le Conseil a adopté le programme de relotissement sont fondées sur la preuve et ne doivent pas être modifiées. Il en est de même pour les conclusions concordantes portant sur la question de profit.

[Distinction faite avec les arrêts: *Toronto v. Bowes* (1854), 4 Gr. 489, confirmé à 6 Gr. 1, confirmé à 11 Moo. P.C. 463, 14 E.R. 770; *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver et al.*, [1942] 1 All E.R. 378; *Reading v. The King*, [1948] 2 K.B. 268; arrêts mentionnés: *Midcon Oil and Gas Ltd. c. New British Dominion Oil Co. Ltd.*, [1958] R.C.S. 314; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673.]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta¹ rejetant l'appel d'un jugement du juge Kirby. Pourvoi accueilli, les juges Dickson et de Grandpré étant *dissidents*.

B. J. MacKinnon c.r., et *J. E. Sexton*, pour le défendeur, appellant.

W. A. McGillivray c.r., et *J. W. Rose*, pour la demanderesse, intimée.

Le juge Judson souscrit au jugement rendu par

LE JUGE EN CHEF—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Spence pour accueillir le présent pourvoi et rejeter l'action pour les motifs qu'il a invoqués. Cependant, il y a un autre aspect de ce litige que je désire examiner et qui justifie tout autant, sinon davantage, le rejet de l'action. Par sa réclamation, la ville cherche à recouvrer le profit que l'appelant Hawrelak a retiré de la vente de ses actions dans Sun-Alta Builders Limited. Aucune disposition législative ne saurait justifier cette

¹ [1973] 1 W.W.R. 179, 31 D.L.R. (3d) 498.

to see how the city can support it under the principles, which it invoked, governing the duty of fiduciaries or persons of like character to account for profits made through improper use of position. In short, assuming that the value of Hawrelak's shares in Sun-Alta rose as a result of the city's development or replotting programme respecting the area in which Sun-Alta owned land, there is not, in my opinion, any title in the city in the present case to capture that enhanced value for itself, any more than it could recover from any other owner in the area the increase in value of his land, realized upon a sale thereof, brought about by the municipality's development scheme.

The basis upon which the Courts below held that Hawrelak must account and pay over to the city his gain on the sale of his shares was that while he was mayor he was involved in certain transactions, one between Sun-Alta and the city and a second between Chrysler Corporation and the city, which led to the adoption of a replotting programme by the city, with the consequent enhancement of the value of his shares in Sun-Alta, shares which he sold soon after at a considerable profit over his small original cost.

The transaction between Sun-Alta and the city, formalized on March 12, 1964, and involving a consent to replotting and an agreement to sell land to the city at a price which yielded no profit to Sun-Alta, cost the appellant his office as mayor as a result of disqualification proceedings taken against him under provincial legislation. The Alberta Appellate Division, in its reasons herein, stated that Hawrelak's ouster from office was because he was a party to a contract with the city under which money was payable or under which he had a pecuniary interest. That interest was his major shareholding in Sun-Alta which held an option on land in an area that had been annexed to the city and was marked for replotting.

The Chrysler transaction involved an attempt by Chrysler to acquire certain land owned by the city

réclamation et je ne vois pas comment la ville pourrait l'étayer en invoquant les principes régissant le devoir des fiduciaires ou des personnes semblables de rendre compte des profits retirés dans l'exercice irrégulier de leurs fonctions. Bref, en supposant que l'augmentation de la valeur des actions de Hawrelak dans Sun-Alta résulte du programme d'aménagement ou de relotissement mis sur pied par la ville pour la région où étaient situés les terrains de Sun-Alta, à mon avis, la ville n'a aucun droit en l'espèce à cette augmentation de valeur, pas plus qu'elle pourrait recouvrer de tout autre propriétaire de la région la hausse de la valeur de ses terrains réalisée lors d'une vente et résultant du projet municipal d'aménagement.

Les Cours d'instance inférieure ont décidé que Hawrelak devait rendre compte à la ville et lui restituer son profit sur la vente de ses actions en s'appuyant sur le fait que ce dernier a été impliqué dans certaines transactions lorsqu'il était maire, dont une première entre Sun-Alta et la ville et une seconde entre la compagnie Chrysler et la ville, transactions qui ont incité cette dernière à adopter un programme de relotissement duquel a résulté l'augmentation de la valeur des actions de l'appelant dans Sun-Alta, et qu'il a d'ailleurs vendues peu après, réalisant ainsi un profit considérable par rapport au coût original minime desdites actions.

La transaction du 12 mars 1964 entre Sun-Alta et la ville, qui a donné lieu au relotissement et à la vente à la ville des terrains à un prix qui ne rapportait aucun profit à Sun-Alta, a coûté à l'appelant son poste de maire par suite des procédures en destitution intentées contre lui en vertu de la loi provinciale. Sur ce point, la Division d'appel de l'Alberta a déclaré que Hawrelak a été destitué de ses fonctions parce qu'il était partie à un contrat avec la ville en vertu duquel de l'argent devait être versé ou en vertu duquel il avait un intérêt pécuniaire. Cet intérêt consistait en ses nombreuses actions qu'il détenait dans Sun-Alta qui possédait une option sur des terrains d'une région qui avait été annexée à la ville et qui devait être relotie.

Dans la seconde transaction, Chrysler a tenté d'acquérir un terrain appartenant à la ville et

and to have it rezoned to suit Chrysler's intended use. In order to tempt the city to this end, Chrysler acquired the so-called market garden lands, adjacent to those owned by Sun-Alta, for the purpose of exchanging them for the city's land. Hawrelak was not alone in favouring the exchange but, of course, his interest in Sun-Alta would make his position suspect. Moreover, he had given advice to Chrysler on a fresh presentation of its proposal to the city after its first approach had been rebuffed. The Chrysler transaction came to nought when the city refused to pass the required rezoning by-law, but, thereafter, the city, being desirous of acquiring the market garden lands in order to advance its proposed replotting programme, purchased the land from Chrysler. Hawrelak took no part in the arrangements for the purchase and the trial judge noted that the city did not stand to lose on that purchase. The city was then in possession of all the facts bearing on Sun-Alta's interest in land in the area of the proposed replotting and of Hawrelak's interest in Sun-Alta. Having that full knowledge, it proceeded to adopt the replotting programme at a City Council meeting on November 23, 1964. Hawrelak did not vote on the question and it is not suggested that he influenced adoption of the scheme by Council. Indeed relator proceedings to oust him from office were imminent and were formally launched some three weeks later.

Apart from other considerations touching its claim herein, I fail to see how the Chrysler matter could be an element in the city's claim to take Hawrelak's gain on the sale of his Sun-Alta shares. My brother Spence has dealt so completely with this aspect of the litigation as to make any further observations by me superfluous. The gravamen of the case for the city lies, in my view, in the Sun-Alta transaction with the city, as finally concluded on March 12, 1964 (although initiated before Hawrelak's election as mayor on October 16, 1963) and in the subsequent adoption by the city of its replotting scheme.

d'obtenir pour celui-ci un nouveau règlement de zonage pour son usage personnel. Afin d'inciter la ville à accepter cette proposition, Chrysler a acquis les soi-disant terrains maraîchers, adjacents à ceux de Sun-Alta, dans le but de les échanger contre le terrain appartenant à la ville. Hawrelak n'était pas seul à favoriser cet échange mais, de toute évidence, son intérêt dans Sun-Alta rendrait son attitude suspecte. De plus, il avait conseillé Chrysler sur une façon nouvelle de présenter sa proposition à la ville après l'échec de la première tentative. La transaction avec Chrysler à échoué lorsque la ville a refusé d'adopter le règlement de zonage nécessaire, mais, par la suite, la ville a acheté de Chrysler les terrains maraîchers parce qu'elle désirait aller de l'avant avec son programme de relotissement. Hawrelak n'a pas participé aux démarches qui ont abouti à l'achat et le juge de première instance a souligné que la ville n'avait rien à perdre lors de cet achat. La ville était alors au courant de tous les faits se rapportant à l'intérêt de Sun-Alta dans les terrains de la région visée par le programme de relotissement, de même que de l'intérêt de Hawrelak dans Sun-Alta. Connaissant tout cela, la ville a procédé à l'adoption du programme de relotissement au cours de la réunion du Conseil municipal tenue le 23 novembre 1964. Hawrelak n'a pas voté sur cette question et rien ne laisse à entendre qu'il aurait influencé le Conseil à adopter le projet. En fait, des procédures par quasi-demandeur pour le destituer de ses fonctions étaient alors imminentes et furent formellement instituées environ trois semaines plus tard.

Indépendamment des autres motifs de sa réclamation en l'espèce, je ne vois pas comment l'affaire avec Chrysler peut constituer un élément de la réclamation de la ville en vue de s'approprier les profits qu'a retirés Hawrelak de la vente de ses actions dans Sun-Alta. Mon collègue le juge Spence a examiné cet aspect du litige sous tous ses angles, et c'est pourquoi toute autre remarque de ma part serait superflue. A mon avis, le fond de la cause présentée par la ville porte sur la transaction impliquant Sun-Alta et la ville, telle que finalement conclue le 12 mars 1964 (bien que les premières démarches aient été faites avant que Hawrelak ne soit élu maire le 16 octobre 1963) et sur l'adoption subséquente par la ville de son projet de relotissement.

The case law upon which the respondent city has relied and which the Courts below applied, such as *Toronto v. Bowes*², are cases in which the faithless fiduciary, where he was obliged to account for a gain, had profited out of a transaction, whether secretly or otherwise, with his principal, or had taken for himself property or a business opportunity which, because of his position in the organization, he had intercepted against the interest of or without the principal's concurrence which would have to be based upon a full disclosure of the facts. Thus, in *Toronto v. Bowes, supra*, a mayor had secretly arranged to purchase at a discount debentures of the city authorized under a by-law which he actively supported. In like cases, whether involving interception and capture of corporate opportunities, as in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*³, or involving even more blatant faithlessness, as in *Zwicker v. Stanbury*⁴, there is no difficulty in finding accountability for the gain, whether or not the deprived corporation or principal proves any loss. The present case would fall within this line of authority if there was any gain involved in the agreement of March 12, 1964, between Sun-Alta and the city.

That, however, is not this case. Hawrelak, as a principal shareholder of Sun-Alta, made no gain out of any transaction between Sun-Alta and the city, unless it can be said that because the replotting programme enhanced the value of his shares and it was a programme to which he lent his support as mayor while not disclosing his interest in the affected land, he must account to the city for the enhanced value of his shares, although the adoption of the replotting scheme was the city's unilateral legislative act, done with full knowledge of all the facts.

Counsel for the city conceded that it would have gone ahead with the replotting scheme in any event. It was, moreover, also part of his submission that there was no accretion in value of the lands in

Les précédents sur lesquels s'est appuyée l'intimée et que les Cours d'instance inférieure ont appliqués, tel que l'arrêt *Toronto v. Bowes*², sont des affaires qui traitent du fiduciaire malhonnête qui a été contraint de rendre compte d'un profit qu'il avait retiré, secrètement ou non, d'une transaction avec son commettant, ou du fiduciaire malhonnête qui, en raison de son poste au sein de l'organisation, s'était emparé d'un bien ou d'une occasion d'affaire au détriment de l'intérêt de son commettant ou sans son approbation, ce qui aurait nécessité la divulgation de tous les faits. Ainsi, dans *Toronto v. Bowes, précité*, un maire avait secrètement combiné l'achat à rabais d'obligations émises par la ville en vertu d'un règlement qu'il avait activement appuyé. Dans des causes semblables où il est question d'occasions d'affaire qui ont été usurpées, comme dans *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*³, ou de cas de malhonnêteté encore plus évidente, comme dans *Zwicker c. Stanbury*⁴, il n'y a aucune difficulté à conclure qu'il faut rendre compte du profit, que la compagnie ou le commettant dépossédé ait réussi ou non à prouver une perte quelconque. Cette jurisprudence s'appliquerait au présent litige si la convention du 12 mars 1964 entre Sun-Alta et la ville avait donné lieu à un profit quelconque.

Cependant, tel n'est pas le cas. Hawrelak, à titre d'actionnaire principal de Sun-Alta, n'a retiré aucun profit d'une transaction entre Sun-Alta et la ville, sauf s'il peut être dit qu'à cause du programme de relotissement qui a augmenté la valeur de ses actions et qu'il a appuyé en sa qualité de maire sans toutefois dévoiler ses intérêts dans le terrain visé, il doit rendre compte à la ville de l'augmentation de la valeur de ses actions, bien que la ville ait unilatéralement adopté par un acte législatif le projet de relotissement tout en étant au courant de tous les faits.

L'avocat de la ville a admis qu'en tout état de cause cette dernière serait allée de l'avant avec le projet de relotissement. De plus, il a admis que la valeur des terrains situés dans la région concernée,

² (1854), 4 Gr. 489, aff'd. 6 Gr. 1, aff'd. 11 Moo. P.C. 463, 14 E.R. 770.

³ [1974] S.C.R. 592.

⁴ [1953] 2 S.C.R. 438.

² (1854), 4 Gr. 489, confirmé à 6 Gr. 1, confirmé à 11 Moo. P.C. 463, 14 E.R. 770.

³ [1974] R.C.S. 592.

⁴ [1953] 2 R.C.S. 438.

the affected area until there was an assurance that the replot was going to proceed, and he asserted that this was after the city purchased the market garden lands on November 12, 1964. His position appeared to be that this no more bars the city's claim than a corporation's claim would be barred against a faithless director who used his position to take a business opportunity that was open to the corporation but which it was unable to acquire. The analogy is misleading on at least two counts. First, if the corporation had by proper resolution released the business opportunity, there having been full disclosure, there could be no liability. Here the city acted, not through Hawrelak (who was in any event merely one voice in a chorus of elected representatives) but in proper form and upon full knowledge, and there is no suggestion that its adoption of the replotting scheme was impeachable for want of good faith or otherwise. Second, the line of authority relied upon by the city respecting the obligation to account for gains concerned situations where there was an actual or notional deprivation of a benefit, and not, as here, where it was the city which, in the exercise of a public function, acted for the public advantage, as it saw it, and incidentally added value to private holdings.

On the facts of this case, the city's recovery under the judgments below sounds more in simple unjust enrichment than in accountability for breach of fiduciary duty, and I see no basis for the city's claim for recovery even in that aspect. Hawrelak was not unjustly enriched at the city's expense. There may be ways in which a municipality may capture all or part of the increase in the value of private holdings brought about by its exercise of its public functions, as, for example, by expropriation or by some form of special assessment but not, in my view, by direct action for its recovery (unless, of course, authorized by legislation).

ne s'était accrue que lorsque le relotissement était devenu chose certaine, et selon lui, cette certitude a été acquise seulement après que la ville eut acheté les terrains maraîchers le 12 novembre 1964. A son avis, il semblait que la réclamation de la ville était aussi valable que celle d'une compagnie contre un administrateur malhonnête qui a usé de ses fonctions pour s'emparer d'une occasion d'affaire qui s'offrait à la compagnie mais que celle-ci ne pouvait obtenir. Cette analogie est trompeuse sous au moins deux aspects. Premièrement, si la compagnie avait renoncé à l'occasion d'affaire par une résolution régulière, il ne pourrait y avoir de responsabilité puisqu'il y aurait eu divulgation complète. En l'espèce, la ville a agi, non pas par l'intermédiaire de Hawrelak (qui, de toute façon, n'était qu'une voix dans un groupe de représentants élus) mais régulièrement et en connaissance de cause, et personne ne cherche à attaquer l'adoption du projet de relotissement en invoquant la mauvaise foi ou autrement. Deuxièmement, la jurisprudence invoquée par la ville au regard de l'obligation de rendre compte des profits ne concerne que des situations où la perte d'un avantage était réelle ou théorique, et non des situations comme en l'espèce où la ville, dans l'exercice de son mandat, a agi en fonction de l'intérêt public, tel qu'elle le concevait, et a fait augmenter incidemment la valeur des titres privés.

A la lumière des faits du présent litige, le recouvrement par la ville en vertu des jugements de première instance et d'appel me semble découler davantage de l'enrichissement sans cause que de l'obligation de rendre compte pour manquement aux devoirs fiduciaires, mais je ne vois pas non plus sous cet angle de fondement à la réclamation de la ville. Hawrelak ne s'est pas indûment enrichi aux dépens de la ville. Il existe sans doute des moyens par lesquels une municipalité peut s'appropriier une fraction ou la totalité d'une hausse de la valeur des titres privés qui résulta de l'exercice de son mandat, comme par exemple, par voie d'expropriations ou par l'imposition d'une taxe spéciale mais non, à mon avis, par une action directe pour son recouvrement (sauf, évidemment, si la loi le permet).

There may be a dilemma for a municipality, which has in mind a redevelopment scheme which, if approved, will enhance the value of land in which Council members, directly or indirectly, have an interest. The dilemma, whether to go ahead with the scheme, seen as a public advantage, or to drop it, does not arise, however, if Council members declare their interest and refrain from voting. If they do not, they risk disqualification. The question of good faith of the Council in its enactment of by-laws may become material to their validity, but where the Council knows the facts and, as here, the one interested party, has refrained from voting, I can find no basis upon which the municipality can support a claim to recover that party's ensuing gain.

I would allow the appeal as proposed by my brother Spence.

Judson J. concurred with the judgment delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, pronounced on November 23, 1972. The respondent, the City of Edmonton, had sued the appellant, William Hawrelak, for profits which he had obtained upon the sale of certain shares in the Sun-Alta Builders Limited and for damages. By the judgment of Kirby J., of the Supreme Court of Alberta, pronounced on February 24, 1972, the respondent City of Edmonton was awarded the sum of \$72,197. Both the present appellant and the present respondent appealed from that judgment to the Appellate Division. By its judgment aforesaid, the appeal of the appellant William Hawrelak was dismissed and the counter-appeal of the respondent City of Edmonton was allowed, so that the judgment against the appellant was increased to the sum of \$80,117.

I find it necessary, in order to outline my opinion upon this appeal, to give a somewhat lengthy and detailed review of the circumstances. In the year 1960, the appellant was a private citizen in the City of Edmonton and negotiated for an option

La municipalité qui a l'intention de présenter un projet de réaménagement qui, s'il est approuvé, augmentera la valeur des terrains dans lesquels certains conseillers ont directement ou indirectement un intérêt, sera peut-être placée devant ce dilemme: ou bien donner suite au projet en le considérant comme d'intérêt public, ou bien l'abandonner. Cependant, ce dilemme ne se présente pas si les conseillers divulguent leurs intérêts et s'abstiennent de voter. S'ils n'agissent pas ainsi, ils risquent la destitution. La question de la bonne foi du Conseil dans l'adoption des règlements peut devenir essentielle à leur validité, mais lorsque le Conseil est au courant des faits, et que la seule partie qui possède un intérêt s'abstient de voter, comme c'est le cas en l'espèce, je ne vois pas comment la municipalité peut fonder une réclamation visant à recouvrer le profit de cette partie.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi comme le propose mon collègue le juge Spence.

Le juge Judson souscrit au jugement rendu par

LE JUGE SPENCE—Le présent pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt rendu le 23 novembre 1972 par la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta. L'intimée, la ville d'Edmonton, avait intenté une action contre l'appellant, William Hawrelak, concernant des profits que ce dernier avait réalisés lors de la vente de certaines actions qu'il détenait dans Sun-Alta Builders Limited, ainsi que pour réclamer des dommages-intérêts. En vertu du jugement rendu le 24 février 1972 par le juge Kirby de la Cour suprême de l'Alberta, la ville d'Edmonton, l'intimée, s'est vue adjuger la somme de \$72,197. L'appellant et l'intimée en cette cause ont tous les deux interjeté appel de ce jugement à la Division d'appel. Dans son arrêt susmentionné, cette dernière a rejeté l'appel de l'appellant William Hawrelak et elle a accueilli celui de la ville d'Edmonton, l'intimée, portant ainsi à \$80,117 le jugement rendu contre l'appellant.

Un examen relativement long et détaillé des circonstances me semble nécessaire pour bien exposer mes motifs en l'espèce. En 1960, l'appellant, un simple résident de la ville d'Edmonton, a négocié une option d'achat sur approximativement

to purchase approximately 67 acres of land in the Town of Beverly, which was immediately to the north-east of the City of Edmonton. This option was assigned by the appellant to a company known as Zeiter Homes Limited in which the appellant held 40 per cent of the shares. The option as executed, from the owner George Gordon Davidson to Zeiter Homes Limited was dated February 3, 1961, and granted an option to purchase the said acreage for the sum of \$125,000. Zeiter Homes Limited later changed its corporate name to Sun-Alta Builders Limited. In August of 1962 Sun-Alta Builders exercised its option and acquired the said lands. The reason for this purchase may be gleaned from a report to the Edmonton City Council, dated November 23, 1964, by the City Commissioners, which report cites in some detail the history of the land dealings of the preceding years.

On p. 5 of that report it is said:

On November 27th, 1961, the Commissioners placed a plan before Council covering the unsubdivided areas in the North East section of the City (including the area that was annexed to the City on December 31st, 1961), on which was indicated the Planning Department's recommendation for the chronological development of the area, the said plan suggesting that the Rundle Heights area be developed during the years 1963-1965. Since 1961 development in the North East of the City has been carried out in conformity with the suggested plan of development so that today the Rundle Heights area is the only large district proposed for 1963-1965 development that has not yet been replotted and served with utilities.

The annexation of the lands in the Town of Beverly, including the 67 acres to which reference thereto has been made, was carried out on December 31, 1961, and, as the City Commissioners pointed out, development had proceeded in that area ever since, so that the Rundle Heights area which included *inter alia* the 67 acres, was the only large district proposed for redevelopment which had not been replotted by 1964. The city, in proceeding with its plans for that development by August of 1963, had progressed to the stage where it had negotiated for the purchase of lands for parks, school sites and like uses in the Rundle Heights from one Samuel Belzberg and from Sun-

67 acres de terrains situés dans la ville de Beverly, sise immédiatement au nord-est de la ville d'Edmonton. L'appelant a cédé cette option à la compagnie Zeiter Homes Limited dans laquelle il détenait 40 pour cent des actions. L'option telle qu'exécutée, du propriétaire George Gordon Davidson à Zeiter Homes Limited était datée du 3 février 1961 et prévoyait une option d'achat sur ladite superficie pour la somme de \$125,000. Plus tard, Zeiter Homes Limited est devenue Sun-Alta Builders Limited. Au mois d'août 1962, Sun-Alta Builders a exercé son option et a acquis lesdits terrains. Le motif de cet achat peut être tiré d'un mémoire du 23 novembre 1964 qui fut déposé devant le Conseil municipal d'Edmonton par les commissaires municipaux. Ce mémoire expose en détail l'histoire des transactions foncières des années précédentes.

On peut lire à la p. 5 de ce mémoire:

[TRADUCTION] Le 27 novembre 1961, les commissaires ont déposé devant le Conseil un plan portant sur les terrains à lotir du secteur nord-est de la ville (y compris la région annexée par la Ville le 31 décembre 1961), dans lequel le Service de planification recommandait d'aménager ces terrains suivant un ordre chronologique; on y proposait d'aménager le secteur Rundle Heights durant les années 1963 à 1965. Depuis 1961, l'aménagement du nord-est de la ville s'est effectué conformément au plan d'aménagement de sorte qu'aujourd'hui le secteur Rundle Heights est le seul grand district qui devait être aménagé de 1963 à 1965 et qui n'a pas encore été reloti ni desservi par les services publics.

Les terrains appartenant à la ville de Beverly, y compris les 67 acres mentionnées précédemment, ont été annexés le 31 décembre 1961 et, comme l'ont souligné les commissaires municipaux, cette région était en voie d'aménagement depuis cette date, de sorte que la région de Rundle Heights, qui comprenait entre autres les 67 acres, était le seul grand district dont le réaménagement était prévu sans toutefois avoir fait l'objet d'un relotissement en 1964. Selon l'échéancier, cet aménagement devait commencer au mois d'août 1963; c'est pourquoi la ville en était déjà à l'étape des négociations avec Samuel Belzberg et Sun-Alta Builders Limited pour l'achat de terrains à Rundle Heights à des

Alta Builders Limited. The purchase of such lands was carried out at the price of \$600 per acre. By exercise of the option first referred to the appellant Hawrelak had paid \$125,000 for 67 acres so \$600 per acre would seem to be a very low price. This was explained by the appellant and other witnesses as being the result of the city's demand so that the city would proceed with the redevelopment of the Rundle Heights area. Although the arrangement for the purchase of Sun-Alta Builders Limited lands was all settled by August of 1963, the actual contract whereby Sun-Alta agreed to convey the lands and also to consent to the replotting of the area, is dated March 12, 1964. I shall refer hereafter to the executions thereof. On October 16, 1963, the appellant was elected to the office of mayor of the City of Edmonton.

The Chrysler Corporation desired to obtain from the City of Edmonton lands which the city owned at the corner of 142nd Street and 111th Avenue so that it might at some time thereafter construct on the said land a retail automobile distributor building. The Chrysler Corporation, however, were not prepared to commence the building immediately upon acquiring the said lands and it was the city's policy that a commitment to commence a building within six months after acquirement must be demanded from any purchaser of lands from the city. That commitment could not be extended for more than 12 months. When the City of Edmonton held fast to its policy of demanding such a building commitment, the Chrysler Corporation refused to make such an agreement and Donald Crawshaw, a real estate agent with Hoosan and Company Realtors, conceived the device of having the Chrysler Corporation acquire other lands which the City of Edmonton desired to obtain and then exchanging those lands for the city's lot at 142nd Street and 111th Avenue, thereby avoiding the requirement of a building commitment. Crawshaw obtained information as to various properties which the city desired to obtain for its development schemes and settled on one piece of land which, throughout the course of this litigation, has been referred to as the market garden lands. Those lands were in the Rundle Heights area and were, in fact, immediately adjacent to the lands owned by Sun-Alta Build-

fins récréatives, scolaires et à d'autres fins semblables. Le prix d'achat de ces terrains fut de \$600 l'acre. En exerçant son option, l'appelant Hawrelak avait payé \$125,000 pour les 67 acres; ainsi, la somme de \$600 l'acre nous apparaît très faible. L'appelant et d'autres témoins ont expliqué que cette situation était due à la demande de la ville qui désirait aller de l'avant avec le réaménagement de la région de Rundle Heights. Même si la convention visant l'achat des terrains de Sun-Alta Builders Limited avait été réglée au mois d'août 1963, le contrat en vertu duquel Sun-Alta a effectivement convenu de céder les terrains et de consentir au relotissement est daté du 12 mars 1964. C'est à la signature de ce contrat que je me référerai ci-après. Le 16 octobre 1963, l'appelant était élu maire de la ville d'Edmonton.

La compagnie Chrysler désirait obtenir de la ville d'Edmonton les terrains de cette dernière situés à l'intersection de la 142^{ième} rue et de la 111^{ième} avenue et destinés à la construction d'un établissement pour un de ses concessionnaires. Cependant, la compagnie Chrysler n'était pas disposée à commencer les travaux de construction immédiatement après l'acquisition desdits terrains même si les directives municipales prévoient que la ville devait obtenir de tout acquéreur de terrains un engagement à commencer les travaux de construction dans un délai de six mois de la date d'acquisition. Ce délai ne pouvait être prorogé au-delà de douze mois. Lorsque la ville d'Edmonton a exigé de la compagnie Chrysler cet engagement à construire, cette dernière a refusé de s'engager. C'est alors que Donald Crawshaw, un courtier en immeuble de Hoosan and Company Realtors, a proposé que la compagnie Chrysler acquière d'autres terrains que la ville d'Edmonton désirait obtenir, puis qu'elle échange ces terrains contre celui situé à l'angle de la 142^{ième} rue et de la 111^{ième} avenue, évitant ainsi l'obligation de construire. Crawshaw se renseigna sur les diverses propriétés que la ville désirait acquérir pour ses projets d'aménagement et son choix se posa sur un terrain qui, tout au long du présent litige, a été désigné sous l'appellation de terrains maraîchers. Ces terrains étaient situés dans la région de Rundle Heights et étaient, en fait, adjacents aux terrains qui appartenaient à Sun-Alta Builders

ers Limited. Chrysler Corporation took an option on those lands for the sum of \$92,000 and offered to exchange them for the city's building lot, putting a valuation of only \$69,960 on the lands and paying the balance of some \$48,000 in cash. J.R. Warner, head of the Land Department of the City of Edmonton, in a memorandum to the City Commissioners dated October 10, 1963, outlined this transaction in exact detail. It was significant that it hinged on two particular conditions. Firstly, that no building commitment would be required from the Chrysler Corporation as to the city-owned lot, and secondly, that the city-owned lot would have to be rezoned to permit a retail automobile dealership with outside vehicle display. This report was in the hands of Mr. D. B. Menzies, the Chairman of the City Commissioners, until it was made the subject of a report to council on November 12, 1963. It will be noted that between the date of Warner's report and this last report to Council, the appellant had been elected mayor of the city and, as such, became a member of the City Commissioners. The report dated November 12, of course, stressed the fact that the acquirement of the market garden lands would make possible the registering of a new residential subdivision plan and make available badly needed property for the two school boards and for park lands. The appellant William Hawrelak signed that report. The appellant testified that he did not then, or for many months thereafter, know that the market garden lands which it was proposed that the city should acquire in exchange for its lot at 142nd Street and 111th Avenue, were immediately adjacent to the Sun-Alta Builders Limited lands and that therefore the development plot would eventually include the latter land. There has been much debate on the appellant's knowledge, or lack of knowledge, of this fact for reasons which I shall give in detail later. I am of the opinion that that is unimportant. I repeat here that the proposal for the replotting of the Sun-Alta and Belzberg lands had been settled in August of 1963, and that it had been arranged at that time that Sun-Alta would convey some acres of its lands to the city for \$600 per acre. That was, of course, months before the appellant was elected mayor. At the meeting of November 12, 1963, the exchange was approved in principle.

Limited. La compagnie Chrysler a obtenu une option sur ces terrains pour la somme de \$92,000 et elle les a offerts à la ville en retour de son terrain. La compagnie a attribué à ses terrains la valeur de \$69,960 seulement et elle a payé comptant le solde d'environ \$48,000. Dans une note de service datée du 10 octobre 1963 et adressée aux commissaires municipaux, J. R. Warner, le directeur du Service d'administration des biens-fonds de la ville d'Edmonton, a décrit les moindres détails de cette transaction. Il est important de noter que cette transaction est fondée sur deux stipulations précises. Premièrement, au regard du terrain appartenant à la ville, aucun engagement à construire ne sera exigé de la compagnie Chrysler, et deuxièmement, l'adoption d'un nouveau règlement de zonage sera nécessaire pour ce terrain afin de permettre au futur cessionnaire de mettre ses automobiles en montre à l'extérieur. M. D. B. Menzies, le président des commissaires municipaux, a conservé cette note de service jusqu'au 12 novembre 1963 alors qu'elle fit l'objet d'un mémoire soumis au Conseil. Il convient de mentionner que, durant la période comprise entre la date de la note de service de Warner et la date dudit mémoire soumis au Conseil l'appelant a été élu maire de la ville et, à ce titre, est devenu un des commissaires municipaux. Le mémoire du 12 novembre a naturellement fait valoir que l'acquisition des terrains maraîchers rendrait possible le dépôt d'un nouveau plan de lotissement résidentiel et satisferait aux besoins urgents de terrains pour l'aménagement de deux écoles et d'un parc. L'appelant William Hawrelak a signé ce mémoire. Ce dernier a témoigné qu'il ne savait pas à ce moment-là, ni pour plusieurs mois à venir, que les terrains maraîchers que la ville se proposait d'acquérir en retour de son terrain situé à l'angle de la 142^{ième} rue et de la 111^{ième} avenue étaient adjacents aux terrains de Sun-Alta Builders Limited et que, par conséquent, le relotissement engloberait finalement ces derniers terrains. Cette affirmation de l'appelant a été très fortement discutée pour les motifs que j'exposerai plus loin. Mais, à mon avis, cette question est sans importance. Je répète ici que le projet de relotissement des terrains de Sun-Alta et de Belzberg avait été réglé au mois d'août 1963, et qu'il avait été prévu à cette époque que Sun-Alta céde-

The appellant was not present at that meeting. The City Council, however, on December 19, 1963, refused the redevelopment permit for the city-owned land. On December 30, 1963, the appellant conferred with Mr. Cameron Steer, who was then acting as the solicitor for the Chrysler Corporation, and with Mr. Crawshaw the realtor, and advised them that when the matter came back to Council, they should make a more attractive presentation of their proposal. This advice was followed by the representatives of Chrysler Corporation and on January 27, 1964, at a subsequent meeting of Council, the redevelopment plan was approved. The appellant was present at that meeting. Two days later, on January 29, the Chrysler Corporation exercised its option to obtain title to the market garden lands.

As I have pointed out, more than the redevelopment permit was necessary before Chrysler Corporation could erect on the city lot a retail automobile distributors building. A rezoning was required. That rezoning was the subject of By-law 2512 which came before Council of the City of Edmonton and received two readings. Opposition to such rezoning, however, gathered weight. Local residents objected to the intrusion into a residential area of a commercial building and the Alberta Teachers Association, which owned and occupied a nearby building, was most adamant in its opposition. The matter was referred back to the By-law Committee again and it was considered by the By-law Committee on June 18, 1964, and referred back to Council without recommendation. At a meeting of the City Council held on June 29, 1964, the City Commissioners submitted a long and detailed report dealing with the exchange and included a chronological report. At the meeting considering both By-law 2512 as to the rezoning of the city lot at 142nd Street and 111th Avenue and the proposed replot of the Rundle Heights area, the minutes noted that Mayor Hawrelak stated that he was a director of Sun-Alta Builders who owned land in the proposed replot. He did not vote

rait une certaine partie de ses terrains à la ville au prix de \$600 l'acre. Bien sûr, cela s'est passé bien avant que l'appellant ne soit élu maire. A la réunion du 12 novembre 1963, l'échange a été approuvé en principe. L'appellant n'a pas assisté à cette réunion. Cependant, le 19 décembre 1963, le Conseil municipal a refusé de délivrer le permis de réaménagement du terrain qui appartenait à la ville. Le 30 décembre 1963, l'appellant a conféré avec M. Cameron Steer, qui agissait alors à titre de conseiller juridique pour la compagnie Chrysler, et avec M. Crawshaw, le courtier en immeuble, et il leur a conseillé de présenter leur projet de façon plus attrayante lorsque l'affaire reviendra devant le Conseil. Les représentants de la compagnie Chrysler ont donné suite à cette suggestion et le 27 janvier 1964, lors d'une réunion subséquente du Conseil, le plan de réaménagement a été approuvé. L'appellant était présent à cette réunion. Deux jours plus tard, soit le 29 janvier, la compagnie Chrysler a exercé son option en vue d'obtenir le titre des terrains maraîchers.

Comme je l'ai signalé, le permis de réaménagement ne suffisait pas à autoriser la compagnie Chrysler à construire sur le terrain de la ville un établissement commercial pour un de ses concessionnaires d'automobiles. Un nouveau zonage était aussi nécessaire. Ce nouveau zonage fit l'objet du règlement municipal 2512 qui fut déposé devant le Conseil de la ville d'Edmonton où il reçut deux lectures. Cependant, ce nouveau zonage donna lieu à une opposition grandissante. Les résidents du secteur concerné se sont opposés à l'intrusion d'un établissement commercial dans un quartier résidentiel et l'Association des enseignants de l'Alberta, qui possédait et occupait un édifice avoisinant, a adopté une position des plus intransigeantes. Toute cette affaire fut de nouveau renvoyée au Comité sur les règlements qui l'étudia le 18 juin 1964 pour finalement la renvoyer au Conseil sans recommandation. A la réunion du Conseil municipal tenue le 29 juin 1964, les commissaires municipaux ont déposé un long mémoire sur l'échange de terrains et dans lequel était inséré un compte-rendu chronologique. Comme nous l'indique le procès-verbal de la réunion où furent étudiés le règlement municipal 2512 portant sur le nouveau zonage relatif au terrain de la ville situé à

in regard to this matter. By-law 2512 was not read a third time and, therefore, of course, was not enacted. Later, it was struck off the agenda and filed. The device conceived by Mr. Crawshaw, therefore, had failed and at this point the city was left the owner of the lot at 142nd Street and 111th Avenue, and the Chrysler Corporation Limited was the owner of the market garden lands. The possibility that the transaction would fail to get Council support had been considered and the By-law Committee had requested that the city solicitor report on the legal position of the city in reference to the Chrysler Corporation in such event. The city solicitor made such a report under date of June 22, 1964. Two paragraphs of that report read:

Should Bylaw No. 2512 not be read a third time and finally passed I can see no means by which the City can be required in law to make Lot 1 available as a new car dealership site because of the express statement of the applicant company that it cannot agree to bind itself to act by changing its Development Permit into a Building Permit and by building on the site within 18 months or less after 28th January, 1964.

It follows, of course, that if for these reasons the Chrysler Corporation cannot proceed on Lot 1, it has no obligation to make available to the City all or any part of the parcel of 11.2 acres in the former Town of Beverly that the City wishes to buy for school and park purposes. It delivered, in trust, to the City Land Department on April 9th, 1964, the transfer for this land but the City has taken no steps to register the transfer.

Therefore, as of the date of the meeting of Council on June 29th, the members of Council knew that the city, in the opinion of its solicitor, would not make itself liable to the Chrysler Corporation for damages if it failed to carry out the proposed

l'angle de la 142^{ième} rue et de la 111^{ième} avenue et le projet de relotissement de la région de Rundle Heights, le maire Hawrelak a déclaré qu'il était un des directeurs de Sun-Alta Builders qui possédait des terrains visés par le projet de relotissement. Il s'est abstenu de voter sur ce sujet. Le règlement municipal 2512 n'a pas été présenté en troisième lecture de sorte qu'il n'a pu être mis en vigueur. Plus tard, il a été rayé de l'ordre du jour puis classé. Ainsi, le stratagème imaginé par M. Crawshaw n'avait donc pas réussi et, à ce moment, la ville était toujours propriétaire du terrain situé à l'angle de la 142^{ième} rue et de la 111^{ième} avenue, tandis que la compagnie Chrysler possédait toujours les terrains maraîchers. La possibilité que le Conseil n'approuve pas la transaction avait été envisagée; c'est pourquoi le Comité sur les règlements avait demandé au conseiller juridique de la ville de faire rapport sur la situation de droit dans laquelle se trouverait la ville vis-à-vis de la compagnie Chrysler advenant une telle éventualité. Le 22 juin 1964, le conseiller juridique de la ville a déposé son rapport. Je cite ici deux paragraphes de ce rapport:

[TRADUCTION] Si le règlement municipal N° 2512 n'est pas présenté en troisième lecture et, par conséquent, n'est pas adopté, je ne vois aucun moyen par lequel la Ville pourrait être légalement tenue de rendre le lot N° 1 disponible comme emplacement pour l'établissement d'un concessionnaire d'automobiles neuves, à cause de la déclaration expresse de la compagnie requérante selon laquelle elle ne peut pas s'engager à changer son permis d'aménagement en un permis de construction et à ériger une construction sur l'emplacement dans un délai de 18 mois à compter du 28 janvier 1964.

Naturellement, il s'ensuit évidemment que si la compagnie Chrysler ne peut obtenir le lot N° 1, elle n'est d'aucune façon obligée de céder à la ville toute partie des 11.2 acres de l'ancienne ville de Beverly que la Ville désire acheter à des fins récréatives et scolaires. Le 9 avril 1964, la compagnie a délivré, en fiducie, l'acte de cession au Service d'administration des biens-fonds, mais la Ville n'a fait aucune démarche pour enregistrer cet acte de cession.

Par conséquent, à la date de la réunion du Conseil le 29 juin, les membres du Conseil savaient que la ville, selon l'avis de son conseiller juridique, ne serait pas tenue envers la compagnie Chrysler de payer des dommages-intérêts si elle ne donnait pas

exchange. Three days after the date of that report, *i.e.*, on June 25, 1964, the city solicitor wrote to Messrs. Milner, Steer and Company, solicitors for Chrysler. That letter is of some considerable interest and I quote it in full:

Dear Mr. Steer:

Speaking as a member of the Municipal Planning Commission which supported the proposal to create a C-2 site at the South West corner of 142nd Street and 111th Avenue, I am hopeful that the zoning will take place. However, as City Solicitor, I am concerned as to whether if, for any reasons, the Chrysler development at the above site is now allowed, the parcel of 11.2 acres now owned by your client and located in the former Town of Beverly will be available to the City. As you know, the City wishes to buy this 11.2 acres for school and park purposes and if the site cannot be bought the proposed subdivision plan for the area may be delayed.

We discussed this matter on Thursday, June 25th and you indicated to me that you thought it probable that the Chrysler Corporation would be prepared to sell the 11.2 acres to the City whether or not the West Glenora parcel became available to your clients for development. If it is possible I would very much like to know by the afternoon of Monday, June 29th, just what is the position of Chrysler respecting the 11.2 acres that the City wishes to purchase should the proposed exchange involving the West Glenora property be frustrated for any reason.

It elicited a reply, dated June 29, the very date of the meeting at which the exchange had been effectively refused. I quote the operative paragraph of that reply:

Chrysler Canada Ltd. has now given us instructions as to its wishes in the eventuality that this land exchange should not be completed. Speaking without prejudice to whatever rights Chrysler Canada Ltd. has or may have the Company has instructed us to advise that its sole and only purpose in acquiring the land it now holds in Beverly was for the purpose of this land exchange. Accordingly, should the exchange not be completed the Company wants to and will turn this Beverly land over to the City of Edmonton at the Company's cost plus its expenses including solicitor's fees.

suite à l'échange de terrains proposé. Trois jours après la date de ce rapport, c'est-à-dire le 25 juin 1964, le conseiller juridique de la ville a écrit une lettre aux avocats de Chrysler, Milner, Steer and Company. Cette lettre est fort intéressante et je la cite intégralement:

[TRADUCTION]

Cher M. Steer,

À titre de membre de la Commission de planification municipale qui a appuyé la proposition visant à créer un emplacement C-2 à l'intersection sud-ouest de la 142^{ème} rue et de la 111^{ème} avenue, je me permets d'exprimer l'espoir que le nouveau zonage sera adopté. Cependant, à titre de conseiller juridique de la Ville, je me demande si le terrain de 11.2 acres que possède présentement votre cliente et qui est situé dans l'ancienne ville de Beverly sera toujours à la disposition de la Ville si, pour une raison ou pour une autre, l'aménagement projeté par la compagnie Chrysler pour l'emplacement susmentionné était maintenant autorisé. Comme vous le savez, la Ville désire acheter ces 11.2 acres à des fins récréatives et scolaires et si cet achat ne peut se concrétiser, le plan de lotissement proposé pour la région pourrait être retardé.

Lorsque, jeudi le 25 juin, nous avons discuté de cette affaire, vous m'avez indiqué que, selon vous, il était probable que la compagnie Chrysler serait disposée à vendre les 11.2 acres à la Ville, peu importe si votre cliente pouvait disposer du terrain de West Glenora. Si cela était possible, je désirerais connaître, au plus tard lundi après-midi le 29 juin, la position exacte de la compagnie Chrysler concernant les 11.2 acres que la Ville désire acheter, advenant l'échec de l'échange proposé impliquant le terrain de West Glenora.

La réponse à cette lettre était datée du 29 juin, soit la date de la réunion au cours de laquelle l'échange a effectivement été rejeté. Je cite ici l'essentiel de cette réponse:

[TRADUCTION] Chrysler Canada Ltée nous a communiqué les directives à suivre advenant l'échec de cet échange de terrains. Sans porter atteinte aux droits présents ou éventuels de la compagnie, Chrysler Canada Ltée désire que nous vous informions qu'elle a acquis les terrains situés à Beverly uniquement aux fins de cet échange de terrains. Par conséquent, advenant l'impossibilité de réaliser cet échange, la compagnie a l'intention de remettre à la ville d'Edmonton les terrains situés à Beverly au prix coûtant majoré des frais, y compris les honoraires d'avocat.

The later letter from Messrs. Milner, Steer to the Mayor and Commissioners of the City of Edmonton, dated July 21st, included the paragraph:

The result of Council's decision is that Chrysler has put out the money necessary to purchase the Beverly land and has incurred expenses in so doing and the Company is of the view that the City should now take the Beverly lands and reimburse the Company for these expenditures.

The expenditures were set out in detail in that letter, totalling \$94,702.15, and throughout the litigation it has been said that the city, when they acted on that letter and did acquire the Beverly lands, were doing so as a result of a moral, if not a legal, liability. In my view the documents exhibit the complete fallacy of that position. The city solicitor had made a report prior to the breakdown of the exchange, that the city was under no legal liability to the Chrysler Corporation. Three days later the city solicitor had written to the solicitors for the Chrysler Corporation stressing that the city desired the very lands which were the subject of the exchange and which adjoined immediately the Sun-Alta Builders Limited lands. On the very day when the city council with complete knowledge of the fact that the market garden lands adjoined the Sun-Alta Builders Limited lands refused to carry out the exchange, the solicitor for the Chrysler Corporation informed the city solicitor that the Chrysler Corporation were ready to convey to the city the market garden lands at Chrysler Corporation's exact cost. To put it shortly, the subsequent completion of that deal whereby the city acquired these market garden lands was not the result of any feeling that the city had at least a moral responsibility to the Chrysler Corporation, but was an ordinary step in obtaining the lands which the city had needed since the year 1961, and which the city had been moving steadily toward acquiring for instance, by in August 1963, having obtained Belzberg's and Sun-Alta's consent to this very replotting and to agreeing to convey some acres of these lands at the ridiculous price of \$600 per acre.

Le paragraphe suivant est extrait d'une lettre datée du 21 juillet et adressée par messieurs Milner et Steer au maire et aux commissaires de la ville d'Edmonton:

[TRADUCTION] Il découle de la décision du Conseil que la compagnie Chrysler a déboursé la somme nécessaire à l'achat des terrains situés à Beverly et qu'elle a encouru des frais incidents à cet achat; ainsi, la compagnie est d'avis que la Ville devrait maintenant prendre les terrains situés à Beverly et rembourser à la compagnie les sommes que cette dernière a dépensées.

Les dépenses qu'exposait en détails cette lettre se chiffraient à \$94,702.15, et tout au long du litige, on a prétendu que la ville, en donnant suite à cette lettre et en achetant les terrains situés à Beverly, avait agi ainsi parce qu'elle se reconnaissait liée moralement, sinon légalement. A mon avis, les documents mis en preuve reflètent le sophisme de cette prétention. Selon le rapport soumis par le conseiller juridique de la ville avant l'échec de l'échange, la ville n'était aucunement liée envers la compagnie Chrysler. Trois jours plus tard, le conseiller juridique de la ville écrivait aux avocats de la compagnie Chrysler pour leur indiquer que la ville désirait acquérir les terrains qui étaient effectivement visés par l'échange et qui étaient adjacents aux terrains de Sun-Alta Builders Limited. La journée même où le Conseil municipal a refusé de réaliser l'échange, tout en sachant que les terrains maraîchers étaient adjacents aux terrains de Sun-Alta Builders Limited, l'avocat de la compagnie Chrysler a informé le conseiller juridique de la ville que sa cliente était disposée à céder à la ville les terrains maraîchers au prix coûtant. En résumé, la conclusion subséquente de cette transaction, par laquelle la ville a acquis lesdits terrains maraîchers, ne résulte pas de l'impression que la ville était tout au moins moralement obligée envers la compagnie Chrysler, mais elle était plutôt une étape normale vers l'acquisition des terrains dont la ville avait besoin depuis 1961 et qu'elle a cherché à acquérir graduellement par diverses démarches comme celle du mois d'août 1963 quand elle a obtenu l'assentiment de Belzberg et de Sun-Alta au présent relotissement ainsi que leur consentement à lui céder une certaine partie de ces terrains au prix dérisoire de \$600 l'acre.

I return to that transaction whereby Sun-Alta Builders Limited consented to the replotting and agreed to convey lands to the City of Edmonton at the rate of \$600 per acre. As I have already said, the agreement had been made firmly in August of 1963. Mr. Zeiter, the appellant's fellow shareholder in Sun-Alta Builders Limited, testified that in early 1963 the company received from the city a plan of how the replot would deal with the lands of Sun-Alta and that at that time he was told by the city officials that his company would have to sell part of the land to the city for parks and they were offering \$500 per acre. In view of the cost to him of the lands to which I have already referred, he regarded that valuation as foolish, and after conferring with Mr. Belzberg, they had agreed to accept \$600 per acre. At trial Exhibit 44 was produced. It was a plan dated July 1963 showing the replotting of the Sun-Alta lands. At trial Exhibit 46 was produced being written notes made by Mr. Clarke of the Edmonton Land Department, dated August 1, 1963, outlining his conference with Mr. Zeiter, and which included the reference, *inter alia*, to the \$600 per acre for a total of \$9,350 for lands which would have to be conveyed to the city and a compensation which was described as being for "under allocation" at \$6,666 per acre.

Mr. Zeiter testified that that concluded his negotiation with the city and nothing more occurred until February or early March, when he received from the city for execution an agreement between the City of Edmonton on the first part, and George Gordon Davidson, the vendor of the lands to Sun-Alta of the second part, and the said Sun-Alta Builders Limited of the third part. At that time the appellant was absent in Hawaii and Mr. Zeiter testified he telephoned to the appellant and asked whether he, Zeiter, should execute on behalf of the company, but that the appellant insisted that the document await his personal execution so that there could be no allegation that he, the appellant, was attempting in any way to hide his connection with Sun-Alta Builders Limited and

Je reviens maintenant à la transaction par laquelle Sun-Alta Builders Limited a donné son assentiment au relotissement ainsi que son consentement à céder des terrains à la ville d'Edmonton au prix de \$600 l'acre. Comme je l'ai déjà mentionné, cette entente était intervenue au mois d'août 1963. M. Zeiter, coactionnaire avec l'appellant dans Sun-Alta Builders Limited, a témoigné qu'au début de 1963 la compagnie avait reçu de la ville un plan qui indiquait comment serait effectué le relotissement des terrains de Sun-Alta, et qu'à cette époque, des fonctionnaires municipaux lui ont dit que sa compagnie aurait à vendre une partie de ses terrains à la ville qui désirait y aménager des parcs et qu'ils étaient disposés à offrir un montant de \$500 l'acre. Compte tenu du prix que lui avaient coûté les terrains et que j'ai mentionné précédemment, il a qualifié cette évaluation de ridicule, et après en avoir discuté avec M. Belzberg, ils ont convenu d'accepter un montant de \$600 l'acre. Au cours du procès, la pièce 44 a été déposée. Il s'agit d'un plan, en date du mois de juillet 1963, qui portait sur le relotissement des terrains de Sun-Alta. La pièce 46 a été déposée au procès et elle consistait en des notes manuscrites de M. Clarke du Service d'administration des biens-fonds de la ville d'Edmonton, datées du 1^{er} août 1963, qui relataient sa rencontre avec M. Zeiter et qui mentionnaient entre autres la somme de \$600 l'acre et un total de \$9,350 pour les terrains qui devraient être cédés à la ville, ainsi qu'une indemnité à être adjugée à \$6,666 l'acre.

M. Zeiter a témoigné que ses négociations avec la ville se sont arrêtées là et qu'elles en sont restées à ce point mort jusqu'en février ou début mars quand la ville lui a demandé de signer une convention qui mettait en cause la ville d'Edmonton de première part, le vendeur des terrains à Sun-Alta de deuxième part, et ladite Sun-Alta Builders Limited de troisième part. A cette époque, l'appellant se trouvait à Hawaii et M. Zeiter a témoigné qu'il a téléphoné à ce dernier pour lui demander si lui, Zeiter, devait signer la convention au nom de la compagnie, mais l'appellant a insisté pour signer personnellement le document afin qu'on ne puisse alléguer que lui, l'appellant, tentait par tous les moyens de garder secret les intérêts qu'il possédait dans Sun-Alta Builders Limited et dans le droit de

ownership of the land in question. The appellant then executed the document under date of March 12, 1964. The appellant testified that many months later the document came on his desk in the mayor's office for his execution as mayor, and that he directed that the document be returned to the municipal officer and that it be brought into Council so again his, the appellant's position, could be clearly revealed. The appellant then left the city and during his absence, and without any instructions from him, so the appellant testified, the document was executed on behalf of the city by William Mitchell, the acting mayor. This circumstance gave rise to the action of *R. ex rel. Anderson v. Hawrelak* which was an action by a ratepayer to declare the appellant be disqualified from holding office.

Under s. 97 of the *City Act* of the Province of Alberta a person who is a party to a subsisting contract with the city was not eligible to be elected mayor or member of the Council, or entitled to sit on or vote thereon and by s. 98 1(a) (1) that prohibition extended to persons who hold more than 25 per cent of the issued stock of a corporation. Since the document was actually executed after the appellant became mayor, the appellant was disqualified by the judgment of McLaurin C.J.T.D. and that disqualification was affirmed by the judgment of the Appellate Division⁵. An appeal to this Court was dismissed⁶. That result seems to be quite in accordance with the provisions of the statute which I have cited, but in my view it has no relevance to the present action which is based solely on a claim for the profits which it was alleged the appellant made through his action as mayor. Kirby J., in his judgment after trial of the action, would appear to have based his finding that the appellant made profits from his dealings as mayor upon two matters. Firstly, the one to which I have last referred, that is, the agreement of March 12, 1964, and secondly, upon the mayor's action in joining the report of November 12, 1963, in favour of the exchange of the market garden lands for the city lot and the subsequent dealership in reference thereto. As to the first of the matters,

propriété sur le terrain en question. L'appelant a signé le document le 12 mars 1964. L'appelant a témoigné que plusieurs mois plus tard le document lui fut à nouveau présenté mais pour sa signature à titre de maire cette fois, et qu'il a alors ordonné que le document soit renvoyé au fonctionnaire municipal et déposé devant le Conseil afin que tous soient au courant de sa situation. L'appelant a ensuite quitté la ville et durant son absence, et sans aucune directive de sa part selon son témoignage, William Mitchell, le maire suppléant, a signé le document au nom de la ville. Ce fait a donné lieu à l'affaire *R. ex rel. Anderson v. Hawrelak*, une action en destitution intentée contre l'appelant par un contribuable.

Selon l'art. 97 du *City Act* de la province de l'Alberta, toute personne qui est partie à un contrat valide avec la ville est inhabile à être élu maire ou conseiller, ou ne peut siéger au Conseil ni y voter, et en vertu du sous-al. (1) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 98, cette interdiction s'applique également aux personnes qui détiennent plus de 25 pour cent des actions émises d'une compagnie. Puisque le document a été effectivement signé après l'élection de l'appelant au poste de maire, la destitution de ce dernier a été prononcée dans un jugement du juge en chef McLaurin de la Division de première instance et cette destitution a été confirmée par un arrêt de la Division d'appel⁵. Un pourvoi interjeté à cette Cour fut rejeté⁶. Une telle décision me semble conforme aux dispositions de la loi que j'ai mentionnée mais, à mon avis, elle n'a aucune incidence sur le présent litige qui est fondé uniquement sur une réclamation pour les profits que l'appelant aurait réalisés dans l'exercice de ses fonctions de maire. Dans son jugement après instruction de la cause, le juge Kirby semble fonder sur deux points précis sa conclusion selon laquelle l'appelant a réalisé des profits dans l'exercice de ses fonctions de maire. Premièrement, celui que je viens de mentionner, c'est-à-dire la convention du 12 mars 1964, et deuxièmement, l'appui que le maire a donné au mémoire du 12 novembre 1963

⁵ (1965), 53 W.W.R. 257, 53 D.L.R. (2d) 353.

⁶ [1966] S.C.R. v, 53 D.L.R. (2d) 673.

⁵ (1965), 53 W.W.R. 257, 53 D.L.R. (2d) 353.

⁶ [1966] R.C.S. v, 53 D.L.R. (2d) 673.

I have already pointed out that in my view it has been quite conclusively proved that the whole transaction had been completed in August of 1963, much before the appellant became mayor and that, despite the fact that the actual document was only executed on March 12, 1964, and such execution was sufficient to disqualify the appellant, certainly no action of the appellant in reference to that agreement could be found to justify the allegation that he had made profits as a result of his office as mayor.

As to the second of the incidents, the situation is somewhat more complicated. It will be remembered that the appellant only became mayor by election on October 16, 1963, and this report of November 12, 1963, was less than a month after that. The basis for the report had been Mr. Warner's submission to the City Commissioners, which was dated October 10, 1963, and according to the evidence given by the appellant, that submission had been kept by Mr. Menzies, the Chairman of the City Commissioners, until November 12, 1963, when he prepared his report of that date. All members of the Commission signed that report, *i.e.*, the appellant and Messrs. Menzies, Twedde and Hamilton. At the meeting of Council of November 12, 1963, the appellant was not present. The appellant was, however, present at a meeting on December 19, 1963. The report of the Development Appeal Board in reference to the lot at 142nd Street and 111th Avenue, that is, the exchange, was referred back to the Commissioners for further negotiations and report. It was following this meeting that the appellant discussed the matter with Mr. Steer and Mr. Crawshaw.

I have referred already to the question as to whether, at this time, the appellant knew that the market garden lands which it was proposed should be exchanged for the city lot, were immediately adjacent to the lands of Sun-Alta Builders Limited. Whether or not the appellant had that information, the appellant certainly knew of the proposed replotting of the lands in the Rundle Heights area, and knew that it had been proposed

qui favorisait l'échange des terrains maraîchers en retour du terrain municipal et l'établissement sur ce dernier terrain d'un concessionnaire d'automobiles. Quant au premier de ces deux points, j'ai déjà souligné que, selon moi, on a prouvé de façon décisive que toute la transaction était achevée au mois d'août 1963, donc bien avant que l'appellant soit élu maire, et qu'absolument aucun acte posé par l'appellant au regard de cette convention ne peut être considéré comme justifiant l'allégation qu'il a réalisé des profits grâce à ses fonctions de maire et ce, malgré que le document n'ait été effectivement signé que le 12 mars 1964 et que cette signature suffit à destituer l'appellant.

Quant au second point, la situation est un peu plus complexe. On se souvient que l'appellant n'a été élu maire que le 16 octobre 1963, et que ce mémoire du 12 novembre 1963 a été déposé moins d'un mois plus tard. La proposition du 10 octobre 1963 que M. Warner avait soumise aux commissaires municipaux constituait le fondement de ce mémoire, et selon le témoignage de l'appellant, cette proposition avait été conservée par M. Menzies, le président des commissaires municipaux, jusqu'au 12 novembre 1963, soit la date de son mémoire. Tous les membres de la Commission ont signé ce mémoire, *c.-à-d.* l'appellant et messieurs Menzies, Twedde et Hamilton. L'appellant était absent de la réunion du Conseil du 12 novembre 1963. Cependant, l'appellant était présent à la réunion du 19 décembre 1963. Le rapport de la Commission d'appel de l'aménagement concernant l'échange du terrain de la 142^{ième} rue et de la 111^{ième} avenue, a été renvoyé aux commissaires en vue de nouvelles négociations et d'une appréciation. C'est à la suite de cette réunion que l'appellant a discuté de l'affaire avec M. Steer et M. Crawshaw.

J'ai déjà soulevé la question quant à savoir si l'appellant était au courant, à cette époque, que les terrains maraîchers que l'on désirait échanger contre le terrain municipal, étaient adjacents aux terrains de Sun-Alta Builders Limited. Qu'il fût au courant ou non de ce fait, l'appellant connaissait sûrement les projets de relotissement de la région de Rundle Heights, et il savait que l'on projetait de relotir, à compter de 1961, les terrains de Sun-Alta

from 1961 on that Sun-Alta lands in Rundle Heights were to be replotted, not to benefit Sun-Alta Builders Limited, but as part of the settled redevelopment policy of the city in that area. Certainly replotting would benefit Sun-Alta Builders Limited. It was recognition of that fact which alone moved Sun-Alta Builders Limited to agree, in October 1963, to sell some of its lands to the city for the ridiculous price of \$600 per acre. Replotting would equally benefit Belzberg and replotting would benefit the City of Edmonton for, as the report of November 12, 1963, pointed out, by that means the city would obtain needed land for schools and parks. It was, therefore, quite proper in my view for the appellant as mayor to suggest to the Chrysler Corporation representatives a most efficient way to present their proposal, a proposal, the acceptance of which would benefit all parties. One further fact should be mentioned here. The appellant was elected mayor on October 16, 1963, and immediately thereafter, on October 24, 1963, the appellant addressed a letter to the members of the City Council of Edmonton, Alberta, which read in part:

In view of my position as Mayor of this City, I should like to inform Council about some of the companies in which I have an interest, that may be or are doing business with the City as permitted by the City Act. These are:—

Prairie Rose Mfg. Co. Ltd.
Independent Wholesale Ltd.
Durethane Industries Ltd.
Sun-Alta Builders Ltd.

This letter the appellant testified he read at the first meeting of Council over which he presided as mayor. Some members of the Council remembered hearing it, some did not. It is true that the letter refers to Sun-Alta Builders Limited, but does not detail the lands owned by that company. It has been given in evidence by the appellant and not denied that all the officers of the corporation concerned with these matters knew where Sun-Alta Builders Limited lands were situated and knew that they were immediately adjacent to the market garden lands and, of course, no other situation is possible because these same officers were throughout dealing with a replotting of these

à Rundle Heights, non pas pour avantager Sun-Alta Builders Limited, mais plutôt pour réaliser un plan municipal bien établi. Il n'y a aucun doute que le relotissement profiterait à Sun-Alta Builders Limited. C'est d'ailleurs la reconnaissance de ce fait qui a incité Sun-Alta Builders Limited de convenir, au mois d'octobre 1963, de la vente d'une partie de ses terrains à la ville au prix dérisoire de \$600 l'acre. Le relotissement profiterait également à Belzberg et aussi à la ville d'Edmonton car, comme nous l'indique le mémoire du 12 novembre 1963, ce relotissement permettrait à la ville d'obtenir les terrains dont elle a besoin à des fins récréatives et scolaires. Par conséquent, je considère très normal que l'appellant, en sa qualité de maire, suggère aux représentants de la compagnie Chrysler une meilleure façon de présenter leur proposition qui, advenant son acceptation, profiterait à toutes les parties concernées. Il convient de mentionner ici un autre fait. L'appellant a été élu maire le 16 octobre 1963, et peu après son élection, soit le 24 octobre 1963, il a adressé une lettre aux membres du Conseil municipal de la ville d'Edmonton (Alberta). Voici un extrait de cette lettre:

[TRADUCTION] Étant donné que j'exerce les fonctions de maire de cette Ville, je tiens à dévoiler au Conseil les intérêts que je possède dans certaines compagnies qui exercent présentement des affaires avec la Ville ou qui peuvent le faire, comme l'autorise le City Act. Ces compagnies sont les suivantes:—

Prairie Rose Mfg. Co. Ltd.
Independant Wholesale Ltd.
Durethane Industries Ltd.
Sun-Alta Builders Ltd.

L'appellant a témoigné qu'il a lu cette lettre au cours de la première réunion du Conseil qu'il a présidée en tant que maire. Certains conseillers se souviennent de l'avoir entendue tandis que d'autres ne s'en souviennent pas. Il est vrai que cette lettre mentionne Sun-Alta Builders Limited, mais elle ne donne aucun détail sur les terrains que possédait cette compagnie. Selon le témoignage de l'appellant, qui ne fut d'ailleurs pas contredit, tous les fonctionnaires municipaux qui travaillaient sur cette affaire savaient où étaient situés les terrains de Sun-Alta Builders Limited et savaient également que ces terrains étaient adjacents aux terrains maraîchers et, de toute évidence, il peut

very lands. It is almost impossible to believe that such information was not also in the minds of the members of the Council. Whether it was or not prior to June 29, 1964, it certainly was on that date when the appellant made a statement to Council outlining his interest in Sun-Alta Builders Limited, and that Sun-Alta Builders Limited lands were immediately adjacent to the market garden lands. Whether it was due to this revelation or not, City Council refused to carry out the exchange with Chrysler Corporation. It is true that subsequently the City of Edmonton purchased those market garden lands from the Chrysler Corporation, but the city did so when it had been informed by its solicitor that it was under no liability to carry out that transaction and after the city solicitor had expressed the desire of the city to acquire those lands. It is common ground that in the subsequent negotiation with the Chrysler Corporation, the appellant took no part whatsoever and surely, therefore, the short answer to the allegation that the appellant profited in this matter from his position as mayor, is that whatever his actions had been to further the exchange came to naught, and that if the city did subsequently acquire the market garden lands and long afterwards, on November 23, 1964, did institute the replotting of those lands, and the Sun-Alta Builders lands amongst others, it did so in consideration not of any action of the then mayor in furthering the exchange which would have made such a course possible, but rather in carrying out the policy which had been the city's policy since 1961.

Applying *Toronto v. Bowles*⁷, I accept the position at trial and in the Appellate Division that the appellant as mayor was in a position where he could not make any profit as a result of such position or his actions in office and I liken the appellant's position there to the various trustees and corporate officers with whom the Courts have

⁷ (1854), 4 Gr. 489, aff'd. 6 Gr. 1.

difficilement en être autrement car ce sont ces mêmes fonctionnaires qui ont travaillé au relotissement des terrains en question. On peut difficilement croire que ces faits n'étaient pas également connus des conseillers. Que ces derniers aient été au courant ou non avant le 29 juin 1964, ils l'ont sûrement été à cette date-là lorsque l'appelant a dévoilé au Conseil ses intérêts dans Sun-Alta Builders Limited et le fait que les terrains de celle-ci étaient adjacents aux terrains maraîchers. Que ce soit à cause de cette divulgation ou non, le Conseil municipal a refusé de donner suite à l'échange avec la compagnie Chrysler. Il est vrai que la ville d'Edmonton a acheté ultérieurement à la compagnie Chrysler lesdits terrains maraîchers, mais seulement après qu'elle eut été informée par son conseiller juridique qu'elle n'était aucunement obligée d'exécuter cette transaction et après que le conseiller juridique de la ville eut exprimé l'intention de cette dernière d'acquérir ces terrains. Il est reconnu que l'appelant n'a pas participé aux négociations ultérieures avec la compagnie Chrysler; on peut donc répondre à l'allégation que l'appelant a usé de ses fonctions de maire pour s'avantager lors de cette transaction, en invoquant la futilité de toutes ses démarches pour donner suite à l'échange et en invoquant également que si la ville a subséquemment acquis les terrains maraîchers et si elle a procédé beaucoup plus tard, soit le 23 novembre 1964, au relotissement de ces terrains, y compris ceux de Sun-Alta Builders, elle a agi ainsi non pas pour compléter les démarches entreprises par son maire d'alors en donnant suite à l'échange qui aurait pu engendrer une telle situation, mais plutôt en exécution du plan que la ville avait adopté en 1961.

En appliquant l'arrêt *Toronto v. Bowles*⁷, j'adopte l'opinion des Cours d'instance inférieure que l'appelant, en sa qualité de maire, ne pouvait réaliser aucun profit grâce à ses fonctions de maire ou aux actes posés en cette qualité, et j'associe la position de l'appelant dans la présente affaire à celle des divers fiduciaires et fonctionnaires de

⁷ (1854), 4 Gr. 489, confirmé 6 Gr. 1.

dealt in a long series of decisions. It is not my purpose to review that long series of decisions at the present time. Such a task has been performed on various occasions, but I wish to cite and adopt what was said by Lord Russell of Killowen in *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver et al.*⁸, at p. 389:

In the result, I am of opinion that the directors standing in a fiduciary relationship to Regal in regard to the exercise of their powers as directors, and having obtained these shares by reason and only by reason of the fact that they were directors of Regal and in the course of the execution of that office, are accountable for the profits which they have made out of them.

That statement was quoted and adopted in this Court by Locke J. in *Midcon Oil and Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Company Ltd.*⁹, at p. 327, when Locke J. said, having quoted the above statement:

The authorities as to the liability of those acting in various fiduciary capacities were examined at length in the judgments delivered in that case. The above quotations, however, summarizes the ground upon which the judgment proceeded.

Again, in *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*¹⁰, Cartwright J., as he then was, giving the judgment for the Court, quoted Lord Russell of Killowen and stated that Locke J. had found such quotation summarized the law upon the subject. Applying then, such law, I am of the opinion that it has never been shown that the mayor made any profits "by reason and only by reason of the fact" that he was such mayor in that he did certain acts in attempting furtherance of an exchange which would have made it easier to carry out the replotting of the lands which included those of Sun-Alta Builders Limited. I am also of the opinion that the appellant was not within the rule stated by Denning J., as he then was, in *Reading v.*

compagnie qui a fait l'objet de nombreuses décisions judiciaires que je ne désire pas présentement examiner. En effet, un tel examen a déjà été fait à plusieurs occasions, mais je désire quand même citer et me rallier aux propos de lord Russell of Killowen dans *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver et al.*⁸, à la p. 389:

[TRADUCTION] En fin de compte, je suis d'avis que les administrateurs, qui ont qualité de fiduciaires de Regal relativement à l'exercice de leurs fonctions en tant qu'administrateurs, et qui ont obtenu ces actions en raison et uniquement en raison du fait qu'ils étaient administrateurs de Regal et dans l'exercice de ces fonctions, doivent rendre compte des profits qu'ils en ont retirés.

Lorsque l'affaire *Midcon Oil and Gas Ltd. c. New British Dominion Oil Company Ltd.*⁹ a été entendue par cette Cour, le juge Locke a cité et s'est rallié à ces mêmes propos lorsqu'il a affirmé, à la p. 327, après avoir cité les propos ci-dessus:

[TRADUCTION] La jurisprudence portant sur la responsabilité de ceux qui exercent diverses fonctions fiduciaires a été examinée au complet dans les jugements rendus en cette affaire-là. Cependant, les propos que je viens de citer résumant le fondement du jugement.

Dans *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*¹⁰, le juge Cartwright, alors juge puîné, s'exprimant au nom de la Cour, a cité de nouveau les propos de lord Russell of Killowen et il a déclaré que le juge Locke avait conclu que ces propos résumaient le droit applicable à cette question. Ainsi, je suis d'avis qu'il n'a jamais été démontré que le maire a retiré un profit quelconque «en raison et uniquement en raison du fait» qu'il était maire et qu'en cette qualité il a accompli certains actes dans le but de donner suite à un échange qui aurait facilité le relotissement des terrains dont ceux de Sun-Alta Builders Limited. Je suis également d'avis que l'appellant n'est pas visé par la règle énoncée par le juge Denning, alors

⁸ [1942] 1 All E.R. 378.

⁹ [1958] S.C.R. 314.

¹⁰ [1966] S.C.R. 673.

⁸ [1942] 1 All E.R. 378.

⁹ [1958] R.C.S. 314.

¹⁰ [1966] R.C.S. 673.

*The King*¹¹, at p. 275:

In my judgment, it is a principle of law that if a servant, in violation of his duty of honesty and good faith, takes advantage of his service to make a profit for himself, in this sense, that the assets of which he has control, or the facilities which he enjoys, or the position which he occupies, are the real cause of his obtaining the money, as distinct from being the mere opportunity for getting it, that is to say, if they play the predominant part in his obtaining the money, then he is accountable for it to the master.

To summarize at the risk of repetition, this replotting was part of a development which had become the firm policy of the municipality from 1960 or 1961, or prior to the time the appellant became mayor. That policy has been carried so far as to obtain from Sun-Alta Builders Limited and others their approval of the replotting and their agreement to convey lands making such replotting possible at a price which was a mere fraction of the value of those lands. The proposal for the exchange with the Chrysler Corporation would have made that replotting easier, or caused it to be carried out sooner. Any part the appellant played in furthering that exchange came to naught and the market garden lands were purchased by the city after it had full knowledge of the appellant's interest in the Sun-Alta lands adjacent thereto and without the city being in any way forced to carry out the purchase. In my view the respondent simply failed to make out a case to fall within the *Regal (Hastings), Ltd.* line of authorities.

This view really disposes of the case, but I am of the opinion that even if I were in error and it could be said that the appellant, by some use of his position, did put himself in a position where he could profit, then all the appellant can be compelled to do is to disgorge that profit and the problem becomes what profit did the appellant make as a result of his position or his use of that position. Surely the measure would be the difference in the value of the shares in Sun-Alta Builders Limited resulting in the increase of the value of the assets of that company between the date when

juge puîné, dans *Reading v. The King*¹¹, à la p. 275:

[TRADUCTION] Selon moi, il s'agit d'un principe de droit qu'un employé doit rendre compte à son employeur si cet employé, en manquant à son devoir d'honnêteté et de bonne foi, profite de ses fonctions pour en retirer un avantage, en ce sens que les fonds qu'il doit gérer, ou les services dont il jouit, ou le poste qu'il occupe, constituent le moyen véritable par lequel il a obtenu de l'argent et non pas une simple occasion d'en obtenir, c'est-à-dire s'ils constituent le moyen de premier plan par lequel l'employé a obtenu l'argent.

En résumé, au risque de me répéter, ce relotissement représentait une étape du plan d'aménagement qui était devenu une politique bien établie de la municipalité à compter de 1960 ou 1961, c'est-à-dire avant que l'appelant ne devienne maire. A cette fin, l'on a obtenu des propriétaires fonciers, dont Sun-Alta Builders Limited, leur accord pour procéder au relotissement et pour céder des terrains, rendant ainsi le relotissement possible à un prix qui ne représentait qu'une faible fraction de la valeur réelle de ces terrains. L'échange proposé avec la compagnie Chrysler aurait facilité ou accéléré ce relotissement. Les démarches de l'appelant pour concrétiser cet échange se sont avérées vaines et les terrains maraîchers ont été achetés par la ville, sans qu'elle y soit obligée d'aucune façon, et alors qu'elle était au courant des intérêts de l'appelant dans les terrains de Sun-Alta adjacents à ceux visés par l'achat. Selon moi, l'intimée n'a pas démontré que la jurisprudence représentée par l'arrêt *Regal (Hastings), Ltd.* s'appliquait en l'espèce.

Ce point de vue suffit à trancher la question, mais je suis aussi d'avis que même si je faisais erreur et s'il pouvait être dit que l'appelant, dans l'exercice de ses fonctions, s'est effectivement mis dans une position qui lui permet de retirer un profit, alors tout ce que l'appelant peut être tenu de faire c'est de restituer ce profit. Mais le problème consiste alors à déterminer le profit qu'a retiré l'appelant en raison de ses fonctions de maire ou de l'exercice de ces fonctions. Ce profit serait sans doute la différence dans la valeur des actions de Sun-Alta Builders Limited résultant de l'augmen-

¹¹ [1948] 2 K.B. 268.

¹¹ [1948] 2 K.B. 268.

the appellant became Mayor of Edmonton, October 16, 1963, and the date when the replotting was carried out, or at any rate fairly determined upon November 23, 1964.

The respondent was in the position of plaintiff and as such, was charged with the duty of proving its claim. The appellant adduced no evidence as to the value of Sun-Alta Builders lands on either occasion. Rather the respondent sought to establish its claim by showing the sale price which the appellant received for his shares in Sun-Alta Builders Limited and deducting therefrom the very small cost of the purchase of its shares years before. In the view of the Appellate Division, such a course was justified because of the difficulty of proving the exact measure of the problem: Smith C.J.A. citing *Mayne on Damages*, and Bowen L.J. in *Ratcliffe v. Evans*¹², at p. 532. The difficulty of applying such formula in the present situation is that its use implies that the whole increase in the value of the Sun-Alta Builders lands occurred because of the replotting and because of the actions of the appellant. The appellant, on the other hand, adduced cogent evidence of the value of those lands, not when purchased under an option settled in late 1960 and finalized by an agreement on February 3, 1961, but by offer to purchase made to Sun-Alta Builders Limited in the summer of the year 1963. This evidence was given by Roy Fletcher who identified the proposed purchaser for whom he was acting. His evidence was that he had offered \$275,000 for the Sun-Alta Builders Limited lands. Smith C.J.A. refers to that evidence but adds: "But that this offer was conditional upon a replot being accomplished seems obvious". As I have said, the only person who gave evidence in reference to this offer was the agent making the offer, Roy Fletcher, and he testified as follows:

Q. Now Mr. Fletcher, was there any requirement in that offer as to the replot being completed before the offer could be accepted?

¹² [1892] 2 Q.B. 524.

tation de la valeur des biens de cette compagnie entre la date à laquelle l'appellant a été élu maire d'Edmonton, le 16 octobre 1963, et la date à laquelle le relotissement s'est effectué, ou selon tout autre taux équitablement fixé au 23 novembre 1964.

L'intimée agissait en tant que demanderesse, et à ce titre, le fardeau de prouver sa réclamation lui incombait. A chacune des occasions précédentes, l'appellant n'a présenté aucune preuve quant à la valeur des terrains de Sun-Alta Builders. L'intimée a plutôt cherché à établir sa réclamation en partant du prix de vente que l'appellant a reçu pour ses actions dans Sun-Alta Builders Limited pour y soustraire le coût d'achat minime de ces actions il y a quelques années. Selon la Division d'appel, cette façon de procéder était justifiée en raison de la difficulté de prouver avec exactitude la somme en litige. Le juge en chef Smith a cité *Mayne on Damages* ainsi que le lord juge Bowen dans *Ratcliffe v. Evans*¹², à la p. 532. Il est difficile d'appliquer cette formule au présent litige parce qu'il faut en déduire que l'augmentation totale de la valeur des terrains de Sun-Alta Builders résulte du relotissement et des actes de l'appellant. D'autre part, l'appellant a présenté une preuve convaincante de la valeur de ces terrains, non pas lorsqu'ils ont été achetés au moyen d'une option convenue à la fin de 1960 et exercée par une convention en date du 3 février 1961, mais plutôt par l'offre d'achat présentée à Sun-Alta Builders Limited au cours de l'été 1963. Cette preuve a été apportée par Roy Fletcher qui a identifié l'acheteur éventuel dont il était mandataire. Son témoignage relate qu'il avait offert \$275,000 pour les terrains de Sun-Alta Builders Limited. Le juge en chef Smith se reporte à ce témoignage mais il ajoute: [TRADUCTION] «Mais il semble évident que cette offre était subordonnée au relotissement». Comme je l'ai mentionné, seul Roy Fletcher, l'agent qui a présenté l'offre d'achat, a témoigné à cet égard. Voici un extrait de son témoignage:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant M. Fletcher, est-ce que cette offre stipulait que le relotissement devait être terminé avant qu'elle puisse être acceptée?

¹² [1892] 2 Q.B. 524.

A. No, sir. We were to purchase the raw land at that price, and we were to take the place as the negotiators with the City. In other words, we were to take their place in dealing with the City on the replot, and there was specific reasons for this.

Q. And what were those reasons?

A. Well, the bottom land was—the City wanted it for future park, but within that bottom land there was still a fair amount of gravel. We thought that we may be able to salvage some of our costs by hanging on to that land and getting all of the gravel deposits out of it that were possible to reduce the cost of our top land.

Q. And can you tell me if these negotiations broke down before or after the defendant Hawrelak was elected Mayor?

A. I think the final negotiations I had with Mr. Hawrelak, and the Zeiter boys were in September of '63.

Of course, the offer was on the basis that the lands were going to be replotted. The proposed purchaser intended that houses should be built on the lots outlined in such replotting and then sold. No purchaser was ever interested in buying these lands as mere vacant and unused farm lands. But definitely, it was to be the purchaser's duty to negotiate with the city for the replotting. As I have already pointed out, such replotting would appear to have been inevitable. So I think it must be taken as proof by the defence that a month before the appellant became mayor of the city, these lands were worth \$275,000 or at least that amount less a \$15,000 commission, because the deal with Fletcher's principals fell through only because those principals were demanding that the proposed vendor, *i.e.*, Sun-Alta, should pay the commission. Evidence was also adduced from Ernest Zeiter, the appellant's fellow shareholder in Sun-Alta Builders Limited and the purchaser from the appellant of his shares in Sun-Alta as to the method whereby he fixed the sum of \$96,000 which he paid to the appellant for those shares. Zeiter testified that he was prepared to take the figure of \$260,000 *i.e.*, Fletcher's net offer, add to it about \$60,000 that the company had by way of surplus, and deducting the various liabilities, he found that the appellant's 40 per cent of the company was worth about

R. Non, monsieur. Nous devons acheter ces terrains incultes à ce prix-là pour ensuite se charger des négociations avec la Ville. En d'autres termes, nous devons les remplacer en vue de négocier le relotissement avec la Ville, et nous avons de bonnes raisons d'agir ainsi.

Q. Et quelles étaient ces raisons?

R. Bien, la terre basse était—la Ville la désirait pour y aménager un parc, mais cette terre renfermait encore une quantité assez considérable de gravier. Nous avons pensé que nous pourrions peut-être récupérer certains débours en gardant cette terre et en y exploitant le plus longtemps possible les dépôts de gravier afin de réduire le coût de nos terres hautes.

Q. Et pouvez-vous me dire si ces négociations ont été rompues avant ou après l'élection du défendeur Hawrelak au poste de maire?

R. Je crois que c'est en septembre 1963 qu'eurent lieu mes dernières négociations avec M. Hawrelak et les Zeiter.

Naturellement, cette offre a été faite à la condition que ces terrains soient relotis. L'acheteur éventuel avait l'intention de faire construire des maisons sur les lots délimités par le relotissement en question et ensuite de vendre ces maisons. Aucun acquéreur n'a jamais été intéressé à acheter ces terrains comme terrains vagues ou terres agricoles en friche. Mais il n'y a aucun doute qu'il incombait à l'acquéreur de négocier le relotissement avec la ville. Comme je l'ai déjà souligné, le relotissement en question semblait inévitable. Ainsi, je crois qu'il a été prouvé qu'un mois avant l'élection de l'appellant au poste de maire de la ville, ces terrains valaient \$275,000, ou du moins ce montant moins la commission de \$15,000 car la transaction impliquant les mandants de Fletcher a échoué pour la simple raison que ceux-ci exigeaient que la commission soit payée par le vendeur éventuel, *c.-à-d.* Sun-Alta. De plus, le témoignage d'Ernest Zeiter, coactionnaire avec l'appellant dans Sun-Alta Builders Limited et acquéreur des actions de l'appellant dans cette même compagnie, nous révèle la formule employée pour fixer à \$96,000 la somme qu'il a payée à l'appellant pour ces actions. Zeiter a témoigné qu'il était disposé à prendre le chiffre de \$260,000, *c.-à-d.* l'offre nette de Fletcher et à y ajouter environ \$60,000 pour le surplus que possédait la compagnie; en soustrayant les diverses obli-

\$89,000. He rounded this out to \$90,000. Zeiter also testified that he did not have available \$90,000 in cash and so he and the appellant agreed that the latter would accept a total of \$96,000 in the form of three different assets. A formal agreement was made up to carry this into effect. That agreement was produced at trial as Exhibit No. 32. The three items which made up the total of \$96,000 were firstly, a small apartment property known as Rio Plaza and entered as value \$37,500. Secondly, Zeiter would build for the purchaser a garage adjacent to the Prairie Road Manufacturing Company Limited at an estimated cost of \$37,500. Thirdly, the balance of the \$21,000 would be paid by Zeiter to the appellant over two years, but if Zeiter elected to construct a certain motor hotel, then the \$21,000 should be only payable out of the last advance on such building. It is therefore apparent that the \$96,000 purchase price was founded on a valuation of the lands based on an offer made before the appellant became mayor and, in addition, was only a rough approximation subject to subsequent variation in the value of the different assets which went into the total of the purchase price. It must, moreover, be remembered that the respondent itself had given the very best evidence of the value of these Sun-Alta lands prior to the appellant having been elected mayor, for in August of 1963, when the city officials were negotiating with the Sun-Alta Builders Limited and with Belzberg for the approval of the replot and the conveyance to it of certain lands necessary for park purposes, although the city only offered \$600 per acre for the lands it was entitled to take under the replot, it offered a basic \$6,666 per acre for what was described as "under allocation". Although it is realized that that was for a very small acreage, it does indicate a value so far in excess of those upon which even the sale of the appellant's shares to his co-shareholders was based that it effectively refutes any allegation that the appellant made a profit as a result of his position or actions as mayor. For this reason, I am not ready to hold that even if the appellant by his actions had placed himself in the position where he was required to disgorge a profit, that the respondent has proved

gations, il a trouvé que la part de 40 pour cent de l'appelant représentait environ \$89,000, chiffre qu'il a ensuite arrondi à \$90,000. Zeiter a aussi témoigné qu'il ne disposait pas de \$90,000 en argent comptant et c'est pourquoi il a convenu avec l'appelant que ce dernier accepte en guise de paiement trois biens différents dont la valeur totalisait \$96,000. Une convention en bonne et due forme a été rédigée pour donner effet à cette entente. Au cours du procès, cette convention a été déposée comme Pièce N° 32. Les trois biens qui totalisaient \$96,000 consistaient premièrement en un petit immeuble de rapport connu sous le nom de Rio Plaza et dont la valeur était estimée à \$37,500. Deuxièmement, Zeiter devait construire pour l'acquéreur un garage adjacent à Prairie Road Manufacturing Company Limited au coût approximatif de \$37,500. Troisièmement, Zeiter devait payer à l'appelant d'ici deux ans le solde de \$21,000, sauf si Zeiter décidait de construire un hôtel de tourisme car dans ce cas, les \$21,000 n'étaient payables qu'à même la dernière avance de fonds pour cette construction. Par conséquent, il appert que le prix d'achat de \$96,000 découlait d'une évaluation des terrains fondée sur une offre faite avant que l'appelant soit élu maire, et que ce prix d'achat n'était rien d'autre qu'une approximation sujette aux fluctuations futures de la valeur des différents biens qui a déterminé le prix d'achat. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que l'intimée elle-même a fourni la meilleure preuve de la valeur des terrains de Sun-Alta avant que l'appelant ne soit élu maire, car au mois d'août 1963, lorsque les fonctionnaires municipaux négociaient avec Sun-Alta Builders Limited et Belzberg pour obtenir de ceux-ci leur consentement au relotissement et à la cession de certains terrains nécessaires à l'aménagement d'un parc, même si la ville n'a offert que la somme de \$600 l'acre pour les terrains qu'elle devait s'approprier en vertu du relotissement, elle a aussi offert la somme de \$6,666 l'acre à titre d'indemnité à être adjugée. Bien que cette somme ait été offerte pour une très petite superficie, elle représente quant même une valeur tellement plus élevée que celles sur lesquelles a été fondée la vente des actions de l'appelant à ses coactionnaires, qu'elle réfute complètement toute

that the appellant made any profit as a result of his actions or position.

For these reasons I would allow the appeal with costs throughout and would dismiss the action.

The judgment of Dickson and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—Appellant is asking this Court to set aside the unanimous views of the Courts below that between October 16, 1963, and late fall of 1964, he acted in such a way while mayor of the city respondent that he must remit to the latter the sum of \$80,117, namely the profit made by him as major shareholder of Sun-Alta Builders Limited, a corporation which had entered into a real estate transaction with the city during that period.

At the outset, it must be recalled that this transaction gave rise to proceedings in disqualification pursuant to the provisions of *The City Act*, R.S.A. 1955, c. 42, proceedings which were decided against appellant: *vide* (1965), 53 W.W.R. 257 and [1966] S.C.R. v. Appellant does not suggest, and quite rightly so, that the proceedings in disqualification constitute a bar to the present suit; the common law remedy was not displaced by the statutory provision. *Bowes v. City of Toronto*¹³, at p. 112.

It is worth mentioning *in limine* that appellant was not a stranger to the political life of the city, having been its mayor from 1951 until the fall of 1959, at which time he resigned following an enquiry into municipal affairs.

The evidence has been reviewed at great length by the Courts below and particularly by the trial judge. Inasmuch as both judgments have now been

alléguant voulant que l'appellant ait retiré un profit en raison du fait qu'il était maire ou dans l'exercice de ses fonctions. Pour ce motif, même si l'appellant par ses actes s'est retrouvé dans une situation qui exige qu'il restitue un profit, je ne suis pas prêt à conclure que l'intimée a démontré que l'appellant a effectivement retiré un profit en raison de ses actes ou de son poste.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action avec dépens dans toutes les Cours.

Le jugement des juges Dickson et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident*)—L'appelant demande à cette Cour d'infirmar les décisions unanimes des Cours d'instance inférieure qui ont jugé que l'appellant, entre le 16 octobre 1963 et la fin de l'automne 1964, alors qu'il était maire de la ville intimée, avait agi de façon à se voir maintenant contraint de restituer à cette dernière la somme de \$80,117, c'est-à-dire le profit qu'il a retiré à titre d'actionnaire principal de Sun-Alta Builders Limited, une compagnie impliquée dans une transaction immobilière avec la ville au cours de cette période.

Tout d'abord, il faut se rappeler que cette transaction a été à l'origine des procédures en destitution instituées avec succès contre l'appellant en conformité avec les dispositions du *City Act*, R.S.A. 1955, c. 42; *voir* (1965), 53 W.W.R. 257 et [1966] R.C.S. v. L'appellant ne prétend pas, avec raison d'ailleurs, que les procédures en destitution font obstacle à la présente action; le recours légal n'élimine pas le recours de droit commun. *Bowes v. City of Toronto*¹³, à la p. 112.

Il faut également signaler que l'appellant n'était pas étranger à la vie politique de la ville puisqu'il a en été maire de 1951 à l'automne 1959, soit jusqu'à l'époque où il a démissionné à la suite d'une enquête sur les affaires municipales.

La preuve a été examinée minutieusement par les Cours d'instance inférieure et plus particulièrement par le juge de première instance. Puisque les

¹³ (1856), 6 Gr. 1.

¹³ (1856), 6 Gr. 1.

reported at [1972] 2 W.W.R. 561 and [1973] 1 W.W.R. 179, it will be sufficient to mention here only those facts that have a more direct relationship with my conclusion.

The problem has its origin in the decision of the Provincial Health Department that no further extensions of the sewerage system of the Town of Beverly would be authorized. This decision eventually brought the Town of Beverly to approach the city on amalgamation. The net result was that the Town of Beverly was annexed on December 30, 1961. This annexation obviously focussed the development of the city in that direction with the result that additional land had to be acquired for schools and park purposes and that the entire area had to be replotted. On his part, appellant had, at the end of 1959 or in the early part of 1960, obtained an option on a piece of land in Beverly from one Davidson, option which he transferred to a company successively called Royal Park Investments Limited, Zeiter Homes Limited and Sun-Alta Builders Limited when he became interested therein, not later than in July 1960. His investment was \$80 in exchange for which he got 40 per cent of the common shares, plus voting rights equal to those of Erwin and Willie Zeiter, the two other major shareholders of the company.

The option now held by Sun-Alta was finally exercised in August 1962, the price being \$125,000 paid \$30,000 cash, the balance payable in five equal consecutive annual payments of \$19,000 from 1963 to 1967.

The land required for schools and park purposes belonged in part to one Herman Graff and one Sylvester Olynych and is referred to in the evidence as the market garden lands. Its owners wanted too high a price in the eyes of Mr. Menzies, a commissioner of the city, and a way was sought by him to obtain it for what, in his opinion, was the true value, namely a sum in the neighbourhood of \$65,000. At this juncture enters into the picture the Chrysler Corporation which wanted to purchase from the city a corner lot in the West Glenora section of Edmonton, to be used for a purpose which was then prohibited by the existing zoning by-laws. Menzies and Chrysler hit

deux jugements ont maintenant été publiés à [1972] 2 W.W.R. 561 et [1973] 1 W.W.R. 179, il suffit de relater ici uniquement les faits qui se rapportent plus directement à ma conclusion.

Le problème tire son origine de la décision du ministère provincial de la santé d'interdire tout nouveau prolongement du système d'égouts de la ville de Beverly. Cette décision a éventuellement amené la ville de Beverly à vouloir se fusionner avec la ville d'Edmonton. La ville de Beverly a donc été annexée le 30 décembre 1961. Cette annexion a évidemment entraîné des projets d'aménagement dans ce nouveau secteur, et c'est pourquoi la ville se devait d'acquérir d'autres terrains à des fins scolaires et récréatives et devait procéder au relotissement de tout ce secteur. De son côté, l'appelant avait obtenu, à la fin de 1959 ou au début de 1960, d'un dénommé Davidson, une option sur un terrain situé à Beverly. Il a ensuite cédé cette option à une compagnie successivement appelée Royal Park Investments Limited, Zeiter Homes Limited et Sun-Alta Builders Limited à l'époque où il s'intéressa à celle-ci soit, au plus tard, en juillet 1960. Il a investi \$80 en retour desquels il a reçu 40 pour cent des actions ordinaires ainsi qu'un droit de vote égal à ceux de Erwin et de Willie Zeiter, les deux autres actionnaires principaux de la compagnie.

L'option que détenait maintenant Sun-Alta a été exercée au mois d'août 1962 pour la somme de \$125,000, dont \$30,000 en argent comptant et le solde payable en cinq versements annuels consécutifs de \$19,000 chacun de 1963 à 1967.

Le terrain requis pour fins scolaires et récréatives appartenait en partie à un certain Herman Graff et à un certain Sylvester Olynych, et ce terrain a été désigné sous l'appellation de terrains maraîchers. Aux yeux de M. Menzies, un commissaire municipal, les propriétaires de ces terrains demandaient un prix trop élevé; c'est pourquoi il a cherché une façon de les obtenir pour ce qu'il considérait être leur valeur réelle, c'est-à-dire approximativement \$65,000. Entre alors en scène la compagnie Chrysler qui désirait acheter à la ville un terrain cornier dans le secteur West Glenora d'Edmonton et ce, à une fin alors interdite par les règlements de zonage existants. Menzies et

upon a plan whereby the latter would purchase the market garden lands at the price fixed by its owners and would afterwards exchange these lands for the West Glenora lot then belonging to the city, provided

- (a) the zoning by-law would be modified;
- (b) the delay within which building had to be started on the West Glenora lot would be extended to suit the need of Chrysler.

In the months, if not the weeks, that preceded the electoral campaign of appellant that eventually led to his election as mayor on October 16, 1963, negotiations took place between Chrysler and Menzies to set up the complicated arrangements summarized in the preceding paragraph and which is worth repeating here:

- (a) Chrysler would purchase the market garden land for the price of \$92,500;
- (b) the city would modify the zoning by-law applicable to the lot in West Glenora and would extend the delay within which a building would have to be erected thereon;
- (c) Chrysler and the city would thereupon exchange the market garden land purchased by the former and West Glenora lot belonging to the latter.

If all of the foregoing had been completed prior to appellant's election, the matter would have ended there. Unfortunately for him, it was still alive on the night of his election. On November 12, 1963, appellant affixed his signature to a report addressed to the aldermen of the City of Edmonton, summarizing the foregoing and containing the following relevant paragraphs:

Recently, however, the agent again approached the City to see if the City would trade some land the Company thought it might be acquiring in East Beverly, and which the City requires for schools and parks, for the site on 142nd Street, the Company to make up the difference in the respective values of the different properties.

In the opinion of the Commissioners and of the Land Superintendent the property in Beverly is worth \$69,960 so that a cash payment to the City of \$48,087 would have to be made by the Company.

Chrysler ont convenu d'un plan en vertu duquel cette dernière achèterait les terrains maraîchers au prix par les propriétaires pour ensuite les échanger contre celui de West Glenora qui appartenait alors à la ville, à condition que

- a) le règlement de zonage soit modifié;
- b) le délai dans les limites duquel la construction devait débiter sur le terrain de West Glenora soit prorogé pour satisfaire aux besoins de Chrysler.

Dans les mois, sinon les semaines, qui ont précédé la campagne électorale de l'appelant, à la suite de laquelle il a été élu maire le 16 octobre 1963, des négociations se sont déroulées entre Chrysler et Menzies afin de mettre au point les arrangements complexes résumés au paragraphe précédent et qu'il convient de répéter ici:

- a) Chrysler devait acheter les terrains maraîchers au prix de \$92,500;
- b) la ville devait modifier le règlement de zonage applicable au terrain de West Glenora et proroger le délai dans les limites duquel un édifice devait être construit sur ledit terrain;
- c) cela fait, Chrysler et la ville devaient s'échanger les terrains maraîchers et le terrain de West Glenora.

Si tous ces arrangements avaient été complétés avant l'élection de l'appelant, l'affaire n'aurait pas eu de suite. Malheureusement pour lui, elle n'était pas close le soir de l'élection. Le 12 novembre 1963, l'appelant a signé un mémoire adressé aux conseillers de la ville d'Edmonton qui résumait ce qui précède et qui contenait les paragraphes pertinents que voici:

[TRADUCTION] Cependant, un agent a récemment demandé à la Ville si elle était intéressée à échanger le terrain de la 142^{ème} rue contre les terrains que la compagnie songerait à acquérir à East Beverly et dont la Ville a besoin pour l'aménagement d'écoles et de parcs, la compagnie étant prête à combler la différence entre les valeurs respectives des différentes propriétés.

Selon les commissaires et le surintendant des biens-fonds, la valeur des terrains situés à Beverly se chiffre à \$69,960 de sorte que la compagnie aurait à payer à la Ville la somme de \$48,087 comptant.

The Company would expect, if Council agrees to the exchange, to be relieved of a building commitment and would like Council's assurance that the land will accommodate the building they propose. This could be accomplished by their obtaining a development permit which would have to be granted on a renewable basis.

The acquiring of the Beverly property would make possible the registering of a new residential subdivision plan and would make available badly needed property for the two School Boards as well as providing some Park Land for Beverly residents. It would also put the 142 Street land on the tax roll.

Your Commissioners accordingly recommend that they be authorized to consummate the sale under the conditions noted above.

Thus, it is clear that the scheme recommended above was tied to the general replot of the Beverly area. It is also obvious that this replot would benefit the land owners of that district whose properties would become serviced and thus would increase in value. The Courts below have on these two points made concurrent findings which are amply supported by the evidence.

In the months that followed, appellant continued to take an active interest in this entire question notwithstanding the concurrent existence of his personal interest and of his duties to the population as mayor. The following concurrent findings of facts are worth underlining:

- 1) the recommendation of November 13 quoted above was not accepted by Council and appellant made suggestions to Chrysler representatives "for a better presentation of the proposal to Council, which resulted in the application for the permit being granted";
- 2) on February 14, 1964, appellant signed as mayor an agreement of the city with Berjoe Limited and Pasadena Development Corporation Ltd. by which these two companies consented to the replot which was part and parcel of the scheme outlined above;
- 3) on June 18, 1964, the mayor actively "supports the recommendations of the City Commissioners that the City agree to an exchange of the market garden land which the City

Si le Conseil consent à cet échange, la compagnie désire être exemptée des exigences de construction et elle désire obtenir du Conseil la promesse que le terrain pourra accommoder l'édifice qu'elle se propose d'y construire, ce qui serait réalisable en lui accordant un permis d'aménagement renouvelable.

L'acquisition des terrains situés à Beverly rendrait possible le dépôt d'un nouveau plan de lotissement résidentiel et rendrait disponibles les terrains dont ont grand besoin les deux conseils scolaires; cette acquisition favoriserait également l'aménagement de terrain à fins récréatives pour les résidents de Beverly. De plus, des taxes pourraient être perçues sur le terrain de la 142^{ème} rue.

Par conséquent, vos commissaires recommandent qu'ils soient autorisés à réaliser cette transaction aux conditions indiquées ci-dessus.

Ainsi, il est clair que le projet recommandé ci-dessus était lié au relotissement général du quartier Beverly. Il est aussi évident que ce relotissement serait avantageux pour les propriétaires fonciers de ce district puisque leurs propriétés seraient alors desservies et augmenteraient ainsi en valeur. Sur ces deux points, les Cours de première instance et d'appel ont tiré les mêmes conclusions qui sont amplement étayées par la preuve.

Dans les mois qui suivirent, l'appelant a continué de s'intéresser activement à toute cette question malgré l'existence concurrente de son intérêt personnel et de son devoir envers la population en tant que maire. Voici quelques conclusions concordantes sur les faits qui méritent d'être soulignées:

- 1) le Conseil a rejeté la recommandation du 13 novembre citée ci-dessus et l'appelant a alors proposé aux représentants de Chrysler [traduction] «de mieux présenter le projet au Conseil, et la demande de permis a finalement été acceptée»;
- 2) le 14 février 1964, l'appelant a signé, en sa qualité de maire, une entente entre la ville et Berjoe Limited et Pasadena Development Corporation Ltd. en vertu de laquelle ces deux compagnies ont consenti au relotissement qui était une étape essentielle du plan décrit précédemment;
- 3) le 18 juin 1964, le maire a activement [TRA-DUCTION] «appuyé les recommandations des commissaires municipaux voulant que la ville consente à échanger un terrain que la compa-

required for the purpose of the replot for certain land which Chrysler Corporation desired to acquire in Edmonton”.

There is no doubt that all of these findings are supported by the evidence.

It is interesting to note that on June 18, 1964, in a document entitled “Chronological Report” submitted by the City Commissioners to the Bylaws Committee re the West Glenora Lot, the following sentence is to be found:

The City requires this land for School and Park purposes in East Beverly, and wishes to incorporate it into a replot *that is presently being negotiated* for all the land lying east of 36th Street to the River, and south of 118th Avenue.

(The italics are mine.)

In his factum, appellant submitted as his first point:

That the Appellant had no private or conflicting interest in the exchange of land between the Respondent and Chrysler Corporation nor in the acquisition by the Respondent of land in the Rundle Heights area of the City of Edmonton where such land was acquired or to be acquired from owners other than Sun-Alta Builders Ltd., a company in which the Appellant was a shareholder.

This submission was abandoned by his counsel in open Court.

In my view, the other points raised by appellant must all be examined in the light of the findings below that at all material times appellant had a conflict of interest. After a thorough examination of the relevant authorities, the trial judge summarized in the following words the law applicable to this matter:

From the foregoing decisions the following aspects of the rule governing the conduct of a person in a fiduciary position were enunciated and applied:

1. A member of a Municipal Council is an agent or trustee accountable to the Municipality whose affairs he administers, and accordingly his duties are of a fiduciary nature.
2. No-one entrusted with duties of a fiduciary nature may enter into any transaction in which his personal

gnie Chrysler désirait obtenir à Edmonton en retour des terrains maraîchers que la ville désirait acquérir à des fins de relotissement».

Il n’y a aucun doute que toutes ces conclusions sont étayées par la preuve.

Dans un document du 18 juin 1964 intitulé «Rapport chronologique», soumis par les commissaires municipaux au Comité sur les règlements concernant le terrain de West Glenora, la phrase suivante est significative:

[TRADUCTION] La Ville a besoin de ces terrains à East Beverly à des fins scolaires et récréatives, et elle désire les incorporer dans un relotissement *qui est présentement en voie de négociation* pour tous les terrains situés à l’est de la 36^{ième} rue jusqu’à la rivière, et au sud de la 118^{ième} avenue.

(Les italiques sont de moi.)

Voici ce que l’appellant a allégué comme premier point dans son factum:

[TRADUCTION] Que l’appellant ne possédait aucun intérêt personnel ou incompatible dans l’échange de terrains entre l’intimée et la compagnie Chrysler ni dans l’acquisition par l’intimée des terrains situés dans le quartier Rundle Heights de la ville d’Edmonton où ces terrains ont été acquis ou devaient être acquis des propriétaires autres que Sun-Alta Builders Ltd., une compagnie dans laquelle l’appellant était un actionnaire.

Son avocat a abandonné cette allégation au cours de la plaidoirie.

A mon avis, les autres points soulevés par l’appellant doivent tous être examinés à la lumière des conclusions ci-dessous, c’est-à-dire qu’à l’époque concernée, l’appellant était en conflit d’intérêts. Après un examen complet de la jurisprudence pertinente, le juge du procès a résumé comme suit le droit applicable au présent litige:

[TRADUCTION] A partir de cette jurisprudence, les aspects suivants de la règle régissant la conduite d’une personne agissant comme fiduciaire ont été énoncés et appliqués:

1. Un membre d’un conseil municipal est un mandataire ou un «trustee» qui doit rendre compte à la municipalité dont il administre les affaires, de sorte que ses fonctions sont de nature fiduciaire.
2. Quiconque se voit confier des fonctions de nature fiduciaire ne peut être partie à une transaction par

interest is or may be in conflict with the interests of his principal.

3. It is immaterial to the application of the rule whether the principal did or did not suffer any injury by reason of the dealing of the agent.

4. It is immaterial to the application of the rule whether or not the agent or trustee acted in good faith.

5. Any gain or advantage arising out of such a transaction must be considered as accruing to the principal.

This enunciation of the basic principles applicable to our case was accepted by the Court of Appeal and I have no hesitation to accept it as my own. In matters municipal, these principles are found more particularly in *Bowes v. The City of Toronto*, the judgments of the various Courts being found respectively in 4 Gr. 489; 6 Gr. 1; 11 Moo. P.C. 463, 14 E.R. 770.

For nearly one hundred and twenty-five years, the law has stood thus and I see no reason to dilute it as we enter the last quarter of the 20th century. Indeed, there is every reason to reaffirm it in all respects and even to give it further strength. At the time, the population of Toronto was very small compared to that of respondent and the complexities of modern urban administration were obviously unknown. Accordingly, the possibility of misdemeanours by public officials remaining undetected was considerably less than it is today. It follows that the vigilance of the Courts must be more active and more exacting than ever.

Confidence in our institutions is at a low ebb. This statement is not very original but unfortunately is unchallengeable. Many factors have brought about this crisis and unconscionable conduct by public officials is only part of the story. Still, if we are to regain some of the lost ground, we have to start somewhere. To reaffirm the requirements of highest public morality in elected officials is a major step in that direction. To speak of civil liberties is very hollow indeed if these liberties are not founded on the rock of absolutely unimpeachable conduct on the part of those who have been entrusted with the administration of the public domain.

laquelle son intérêt personnel est en conflit, ou pourrait l'être, avec les intérêts de son commettant.

3. Aux fins de l'application de la règle, il est sans importance que le mandat ait été lésé ou non par suite des actes du mandataire.

4. Aux fins de l'application de la règle, il est sans importance que le mandataire ou le fiduciaire ait ou non agi de bonne foi.

5. Tout profit ou avantage résultant d'une telle transaction doit être considéré comme revenant au commettant.

Cet énoncé des principes fondamentaux applicables à la présente affaire a été accepté par la Cour d'appel et je l'adopte d'emblée. En matières municipales, ces principes se retrouvent plus précisément dans *Bowes v. The City of Toronto*, les décisions des diverses Cours étant publiées respectivement à 4 Gr. 489; 6 Gr. 1; 11 Moo. P.C. 463, 14 E.R. 770.

C'est là l'état du droit depuis presque cent vingt-cinq ans et je ne vois aucune raison d'en atténuer la rigueur en ce début du dernier quart du 20^{ème} siècle. Au contraire, il faudrait le réaffirmer sous tous ses rapports et même lui donner encore plus de force. A cette époque-là, la population de Toronto était très peu élevée par rapport à celle de l'intimée et la complexité de l'administration urbaine moderne était évidemment inconnue. Conséquemment, la possibilité que des délits commis par des administrateurs publics passent inaperçus était beaucoup moindre qu'elle ne l'est aujourd'hui. Il s'ensuit que les Cours doivent être plus alertes et plus exigeantes que jamais.

Le public a presque perdu confiance en nos institutions. Cette affirmation n'est pas très originale mais elle est malheureusement indiscutable. Cette crise résulte de plusieurs facteurs et le comportement peu scrupuleux des administrateurs publics n'est qu'un de ces facteurs. Néanmoins, si nous désirons reprendre partie du terrain perdu, il faut bien commencer quelque part. Réaffirmer l'exigence d'une moralité publique à toute épreuve chez les élus c'est accomplir un pas important dans cette direction. Ce ne sont que de belles paroles que de parler des libertés civiles si ces libertés ne sont pas solidement fondées sur un comportement absolument irréprochable de la part de ceux à qui a été confiée l'administration de la chose publique.

The foregoing, of course, does not mean that appellant must become a sacrificial lamb if otherwise his conduct is above reproach when examined in the light of the relevant principles. Such an examination has been conducted in depth by the Courts below and appellant has been found wanting. Inasmuch as in my view, the Alberta Courts have correctly instructed themselves as to the law and inasmuch as they have made concurrent findings of fact, I do not see any reason for this Court to come to a different conclusion.

Three points were argued before this Court and for each statement I will use the phraseology to be found in appellant's factum:

I The Respondent failed to establish that the Appellant in selling his shares for a price greater than he had paid for them did so by reason of the fact, and only because of the fact that he was the Mayor of the Respondent corporation and in the course of the execution of that office and that the increase in the price at which the shares were sold resulted therefrom.

In support of this proposition, appellant quotes the following extract from the decision of the House of Lords in *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver*¹⁴, where Lord Russell of Killowen, at p. 149, states:

In the result, I am of the opinion that the directors standing in a fiduciary relationship to Regal in regard to the exercise of their powers as directors, and having obtained these shares by reason and only by reason of the fact that they were directors of Regal and in the course of the execution of that office, are accountable for the profits which they have made out of them.

Reference is also made to the decisions of this Court in *Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co. Ltd.*¹⁵, especially at p. 327, as well as in *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*¹⁶. In my view, the decisions relied upon by appellant have no application here. Particularly the two decisions of our Court must be distinguished

Bien sûr, ce qui précède ne signifie pas que l'appellant doit être immolé si, par ailleurs, son comportement est irréprochable lorsqu'examiné à la lumière des principes applicables. Les Cours d'instance inférieure ont attentivement scruté sa conduite et l'appellant a été trouvé fautif. Dans la mesure où, à mon avis, les Cours de l'Alberta ont appliqué le droit pertinent au litige et où elles en sont venues à des conclusions concordantes sur les faits, je ne vois aucune raison pour cette Cour de conclure différemment.

Trois points ont été plaidés devant cette Cour et, pour chaque argument, je reprends le texte que l'on retrouve dans le factum de l'appellant:

[TRADUCTION]

I L'intimée n'a pas démontré que l'appellant a vendu ses actions à un prix plus élevé qu'il ne les avait payées en raison et uniquement en raison du fait qu'il était maire de la Ville intimée et dans l'exercice de ses fonctions et que le prix majoré auquel les actions ont été vendues résultait de ce fait.

A l'appui de cet argument, l'appellant a cité les propos de lord Russell of Killowen, tirés de la décision de la Chambre des Lords dans *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver*¹⁴, à la p. 149:

[TRADUCTION] En fin de compte, je suis d'avis que les administrateurs, qui ont qualité de fiduciaires de Regal relativement à l'exercice de leurs fonctions en tant qu'administrateurs, et qui ont obtenu ces actions en raison et uniquement en raison du fait qu'ils étaient administrateurs de Regal et dans l'exercice de ces fonctions, doivent rendre compte des profits qu'ils en ont retirés.

On s'est également référé aux décisions de cette Cour dans *Midcon Oil & Gas Ltd. c. New British Dominion Oil Co. Ltd.*¹⁵, surtout à la p. 327, et dans *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*¹⁶. A mon avis, les décisions invoquées par l'appellant sont inapplicables ici. En fait, il faut établir une distinction avec les deux décisions de cette Cour car

¹⁴ [1967] 2 A.C. 134.

¹⁵ [1958] S.C.R. 314.

¹⁶ [1966] S.C.R. 673.

¹⁴ [1967] 2 A.C. 134.

¹⁵ [1958] R.C.S. 314.

¹⁶ [1966] R.C.S. 673.

- (a) the factual situation was such that it cannot be equated to that prevailing in our case;
- (b) in both these decisions, plaintiffs had failed in the Courts below and this Court examined the problem in the light of such concurrent findings.

Here, the question to be determined is not whether the shares held by appellant in Sun-Alta were obtained by reason and only by reason of the fact that he was mayor of Edmonton. That problem does not arise here because in fact the shares had been obtained long before October 16, 1963. What is really at stake in the present suit is the relation of appellant to two conflicting interests, namely

- (a) his important shareholdings in a company standing to benefit from a replot;
- (b) his duty to the population of Edmonton, duty which required that all decisions relating to the replot be taken objectively.

To the situation could be applied the dictum of *Idington J.* (with whom the Chief Justice and Duff J. concurred) pronounced in 1907 in a very different context but very much to the point. I refer to *Rountree v. The Sydney Land and Loan Company*¹⁷, at p. 619:

When a man occupies any position of trust and it so happens as it sometimes almost unavoidably does that he is made to appear as acting where his duty and his interest conflict he should as he regards his own honour, to say nothing of the law, see that his conduct in the premises is thoroughly well understood by those entitled to know and that he, if acting, is but obeying their command and desires and not his own mere volition.

In other words, what is at stake in the present matter is the obligation for appellant, at all relevant times, to deal with the subject-matter (borrowing an expression from the taxation field) "at arm's length"; the concurrent findings of the

¹⁷ (1907), 39 S.C.R. 614.

- a) les faits ne peuvent être comparés à ceux en l'espèce;
- b) dans ces deux décisions, les demandresses n'avaient pas eu gain de cause dans les Cours d'instance inférieure, de sorte que cette Cour avait examiné le litige à la lumière de ces conclusions concordantes.

En l'espèce, nous n'avons pas à décider si les actions détenues par l'appelant dans Sun-Alta ont été obtenues en raison et uniquement en raison du fait qu'il était maire d'Edmonton. Ce problème ne se présente pas ici puisqu'il détenait effectivement ces actions bien avant le 16 octobre 1963. Ce qui importe réellement en l'espèce, c'est la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouvait l'appelant en raison de

- a) ses nombreuses actions dans une compagnie assurée d'être avantagée par un replotissement;
- b) son devoir envers la population d'Edmonton, devoir qui exige que soient prises objectivement toutes les décisions concernant le replotissement.

On peut appliquer à la présente situation le dictum du juge *Idington* (dont l'avis a été partagé par le Juge en chef et le juge Duff) prononcé en 1907 dans un contexte très différent mais qui demeure très à propos. Je me réfère à *Rountree c. The Sydney Land and Loan Company*¹⁷, à la p. 619:

[TRADUCTION] Lorsqu'un homme exerce une fonction de nature fiduciaire et qu'il doit agir, comme c'est parfois presque inévitablement le cas, alors que son devoir et ses intérêts sont en conflit, il doit, au nom de l'honneur sinon de la loi, voir à ce que sa conduite dans cette situation soit bien comprise par ceux qui ont le droit de savoir et que lui, s'il agit, ne fasse qu'obéir à leurs ordres et désirs et n'agisse pas de son propre chef.

En d'autres termes, ce qui est en jeu en l'espèce c'est l'obligation de l'appelant de traiter du sujet en question (pour emprunter une expression propre au domaine de l'impôt sur le revenu) «à distance», et ce en tout temps opportun; les conclusions con-

¹⁷ (1907), 39 R.C.S. 614.

Courts below make it clear that appellant was not in that position and this in itself is sufficient to create his liability to account.

It should not be forgotten that in the present situation, it is not possible to establish in black and white what would have happened if appellant had not put himself in that position of conflict. The city respondent, however, does not have the burden of showing what might have happened because such a burden, if it were to be imposed on the city, would render impossible any recourse in cases of conflict. It is no answer to the action to say that the city was bound to develop in the direction of Beverly; this admitted fact does not modify the basic principle that the population was entitled to an objective consideration of this development, a duty which appellant did not respect. Hence his liability:

II In the event that the Respondents have met the test set out in 2 above the Respondent's senior officers and employees were fully aware of the Appellant's interest in Sun-Alta Builders Ltd. and that Sun-Alta Builders Ltd. owned land in the Rundle Heights area of the City of Edmonton. The Appellant declared his interest to the Council of the City of Edmonton and the Council of the City of Edmonton were fully aware of the Appellant's interest at the time they approved and consented to the replot of the Rundle Heights subdivision, on which motion the Appellant declared his interest and did not vote. The Respondents are thereby precluded from claiming the "profit", if any, arising therefrom.

The short answer to this argument is that the Courts below have made concurrent findings that in fact all the members of the City Council were not aware of appellant's interest in the matter. On this point, the trial judge expresses himself as follows:

While Mayor Hawrelak disclosed his interest in Sun-Alta in his letter of October the 24th, 1963, three Aldermen were not aware that he had an interest in the Sun-Alta lands involved in the replot until his statement to that effect to Council on June 29th, 1964, and that statement was made only as a result of a specific question being asked Mayor Hawrelak by Alderman Leger.

cordantes des Cours de première instance et d'appel ne laissent aucun doute que l'appellant n'a pas agi ainsi, et ce fait en lui-même suffit à lui conférer l'obligation de rendre compte.

Il ne faut pas oublier qu'en l'espèce, il est impossible de déterminer avec certitude ce qui serait arrivé si l'appellant ne s'était pas placé dans cette situation de conflit. Cependant, le fardeau de démontrer ce qui aurait pu se produire ne repose pas sur la ville intimée car si tel était le cas, tout recours en matière de conflit serait alors impossible à exercer. Dire que la ville devait inévitablement se développer en direction de Beverly, cela n'est pas une réponse à l'action; ce fait incontesté ne modifie pas le principe fondamental que la population était en droit de s'attendre à ce que cet aménagement soit considéré objectivement, un devoir auquel l'appellant a manqué, d'où sa responsabilité.

[TRADUCTION]

II Au cas où l'intimée aurait satisfait au critère énoncé au N° 2 ci-dessus, les fonctionnaires supérieurs et les employés de cette dernière étaient pleinement au courant des intérêts de l'appellant dans Sun-Alta Builders Ltd. et du fait que celle-ci possédait des terrains dans le quartier Rundle Heights en la ville d'Edmonton. L'appellant a dévoilé ses intérêts au Conseil municipal d'Edmonton et ce Conseil était pleinement au courant des intérêts de l'appellant à l'époque où il a approuvé le relotissement du quartier Rundle Heights par une motion à l'occasion de laquelle l'appellant a dévoilé ses intérêts et n'a pas voté. Ainsi, l'intimée ne peut réclamer le «profit», s'il y en a, qui en découle.

On peut facilement répliquer à cet argument en disant que les Cours d'instance inférieure ont conclu de façon concordante que les membres du Conseil municipal n'étaient pas tous au courant de l'intérêt de l'appellant dans l'affaire. A cet égard, le juge du procès s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Bien que le maire Hawrelak ait divulgué son intérêt dans Sun-Alta dans sa lettre du 24 octobre 1963, trois conseillers n'étaient pas au courant de son intérêt dans les terrains de Sun-Alta visés par le relotissement jusqu'à sa déclaration du 29 juin 1964 devant le Conseil, et cette déclaration n'a été faite qu'en réponse à une question précise posée au maire Hawrelak par le conseiller Leger.

This statement was accepted by the Court of Appeal. There is no doubt that this finding is based on the evidence and should not be disturbed.

As a matter of fact, the letter of October 24, 1963, upon which appellant relies could well be interpreted in a way contrary to appellant's contention. This letter reads:

THE CITY OF EDMONTON

Office of
the Mayor
Wm. Hawrelak
Edmonton
Alberta

October 24th, 1963.

Members of City Council
City Hall,
Edmonton, Alberta.

Ladies & Gentlemen:

In view of my position as Mayor of this City, I should like to inform Council about some of the companies in which I have an interest, that may be or are doing business with the City as permitted by the City Act. These are:—

Prairie Rose Mfg. Co. Ltd.
Independent Wholesale Ltd.
Durethane Industries Ltd.
Sun-Alta Builders Ltd.

As reported in the Press last July with respect to the development of the Garneau area, I indicated at that time that if the land was assembled in Block 163, and if the City approved the development, Eastern investors would be prepared to finance it. These two conditions having been complied with I now wish to inform you that as of August 31st, 1963, I hold a share interest in Garneau Development Ltd. which has acquired the rights to the land in Block 163 in the Garneau area and that there will be negotiations with the City for acquisition of the lane in that block.

Yours sincerely,

(signed) Wm. Hawrelak
Wm. Hawrelak,
Mayor.

It is to be noted that the last paragraph gives detailed information about a particular holding of appellant. It would have been very simple for him

Ce point de vue a été accepté par la Cour d'appel. Il n'y a aucun doute que cette conclusion est fondée sur la preuve et qu'elle ne devrait pas être modifiée.

En fait, la lettre du 24 octobre 1963 invoquée par l'appelant pourrait fort bien être interprétée de façon contraire à la prétention de ce dernier. Voici cette lettre:

[TRADUCTION]

VILLE D'EDMONTON

Bureau du
maire
Wm. Hawrelak
Edmonton
(Alberta)

le 24 octobre 1963

Membres du Conseil municipal
Hôtel de ville
Edmonton (Alberta)

Mesdames et messieurs:

Étant donné que j'exerce les fonctions de maire de cette Ville, je tiens à dévoiler au Conseil les intérêts que je possède dans certaines compagnies qui exercent présentement des affaires avec la Ville ou qui peuvent le faire, comme l'autorise le City Act. Ces compagnies sont les suivantes:—

Prairie Rose Mfg. Co. Ltd.
Independent Wholesale Ltd.
Durethane Industries Ltd.
Sun-Alta Builders Ltd.

Tel que publié dans le Press en juillet dernier relativement à l'aménagement du quartier Garneau, j'ai alors indiqué que si les terrains étaient regroupés dans le quadrilatère 163, et si la Ville approuvait l'aménagement les actionnaires de Eastern seraient prêts à en assumer le financement. Ces deux conditions ayant été remplies, je désire maintenant vous informer que depuis le 31 août 1963, je détiens des actions dans Garneau Development Ltd. qui a fait l'acquisition des titres des terrains du quadrilatère 163 dans le quartier Garneau et qu'il y aura des négociations avec la Ville relativement à l'acquisition de la voie située dans ce quadrilatère.

Votre tout dévoué,

(signature) Wm. Hawrelak
Wm. Hawrelak
maire

Il faut noter que le dernier paragraphe donne des renseignements détaillés sur un portefeuille d'actions précis de l'appelant. Ce dernier aurait pu

to make the same type of written disclosure in connection with the property held by Sun-Alta Builders Ltd., especially if we take in consideration the fact established by him in his examination for discovery that in the months that preceded his election on October 16, 1963, he discussed the matter of replotting in the Beverly area with Mr. Menzies.

Quite apart from this finding of fact against appellant, it is my view that in law the knowledge of the situation by senior officers and employees of the city respondent is not an answer to the action. On this point, reference may be had to the judgment of the Privy Council in *Bowes v. The City of Toronto*¹⁸, where Lord Justice Knight Bruce, at p. 792, says:

The secrecy and disingenuousness with which the Appellant conducted himself do not improve his case, especially as, if he had, on the 28th of June, disclosed the true state of things to the Council, its other members might have taken a different course from that in fact taken by them (a point as to which it can be scarcely necessary to refer, particularly to the evidence of Joshua Beard, Tully, and Samuel Thompson). But we do not say, that had the Appellant, on the 28th of June, made a full communication to the Council, and nevertheless its members had acted as they did act, that would have prevented the success against him of a suit on behalf of the inhabitants, which in effect and substance this suit still is.

A few years before, in 1854, the House of Lords had, in a matter arising under company law, asserted the same principle. I refer to *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers*¹⁹, where the conflict of interest of the Chairman of the board was known at least to the engineers of the railway company. At p. 316, the Lord Chancellor had this to say:

His duty to the company imposed on him the obligation of obtaining these iron chairs at the lowest possible price. His personal interest would lead him in an entirely opposite direction—would induce him to fix the price as high as possible. This is the very evil against which the rule in question is directed; and I see nothing whatever to prevent its application here. I observe that Lord Fullerton seemed to doubt whether the rule would apply,

¹⁸ (1858), 11 Moo. P.C. 463, 14 E.R. 770.

¹⁹ (1854), 23 L.T.O.S. 315.

facilement divulguer de la même façon les terrains que possédait Sun-Alta Builders Ltd., surtout si l'on considère le fait établi par lui au cours de l'interrogatoire au préalable, que dans les mois qui ont précédé son élection du 16 octobre 1963, il avait discuté du relotissement de la région de Beverly avec M. Menzies.

Indépendamment de cette conclusion sur les faits contre l'appellant, je suis d'avis qu'en droit on ne peut répliquer à l'action en disant simplement que les fonctionnaires supérieurs et les employés de la ville intimée étaient au courant de la situation. Sous ce rapport, on peut se référer à la décision du Conseil privé dans *Bowes v. The City of Toronto*¹⁸, où le lord juge Knight Bruce a dit, à la p. 792:

[TRADUCTION] Le comportement mystérieux et sournois de l'appellant ne milite pas en sa faveur surtout lorsque l'on considère que les autres membres du Conseil auraient peut-être agi différemment si, le 28 juin, l'appellant avait divulgué au Conseil le véritable état de choses (un point auquel il est à peine nécessaire de se référer, en particulier, aux témoignages de Joshua Beard, de Tully et de Samuel Thompson). Mais nous n'affirmons pas que les résidents auraient été dans l'impossibilité d'intenter avec succès une action, comme celle en l'espèce, contre l'appellant si ce dernier avait tout révélé au Conseil le 28 juin et si ses membres avaient quand même agi comme ils l'ont fait.

Quelques années auparavant, soit en 1854, la Chambre des Lords avait avancé le même principe en matière de droit des compagnies. Je me réfère à *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Brothers*¹⁹, où le conflit d'intérêts du président du Conseil d'administration était connu au moins des ingénieurs de la compagnie de chemin de fer. A la p. 316, le lord Chancelier s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Son rôle au sein de la compagnie lui a imposé l'obligation d'obtenir ces chaises en métal au plus bas prix possible. Son intérêt personnel lui dictait une conduite tout à fait contraire - fixer le prix le plus élevé possible. C'est ce genre de dilemme que vise la règle en question; et je ne vois rien qui puisse empêcher son application ici. Je remarque que lord Fullerton a semblé douter de l'applicabilité de la règle lorsque la

¹⁸ (1858), 11 Moo P.C. 463, 14 E.R. 770.

¹⁹ (1854), 23 L.T.O.S. 315.

where the party, whose act or contract is called in question, is only one of a body of directors, not a sole trustee or manager. But with all deference, this appears to me to make no difference. It was Mr. Blaikie's duty to give to his codirectors, and through them to the company, the full benefit of all the knowledge and skill which he could bring to bear on the subject. He was bound to assist them in getting the articles contracted for at the cheapest possible rate. As far as related to the advice he should give them, he put his interest in conflict with his duty. And whether he was the sole director, or only one of many, can make no difference in principle.

As to the question of profit, appellant expresses his point as follows:

III The Appellant did not make the profit as a result of any action after he became Mayor of the Respondent but because the value of his shares in Sun-Alta Builders Ltd. and the Rundle Heights land owned by Sun-Alta Builders Ltd. had appreciated in value prior to the Appellant being in a fiduciary position towards the Respondent and the Appellant is therefore not accountable in law for such profit or appreciation that occurred prior to his election as Mayor.

To arrive at their conclusion, the Courts below have examined the evidence and have found against appellant. I see no reason to disturb their concurrent findings.

One factor that was considered is that appellant who in 1960 had invested \$80 in the company that eventually became Sun-Alta Builders Ltd., sold his shares after the adoption of the replot for \$95,000. It was perfectly reasonable for the Courts below to come to the conclusion that the major cause for this tremendous increase was the replot.

Another way of reaching the same conclusion was to look at the financial statements of Sun-Alta for the relevant periods. At the end of April 1961, the surplus was \$16,609.48; at the end of April 1963, the surplus was \$40,358.79; at the end of April 1964, the surplus was \$39,508.52. (The financial statements for 1962 are missing). In the

partie, dont l'acte ou l'engagement est mis en doute, n'est qu'un de plusieurs membres d'un conseil d'administration et non l'unique fiduciaire ou administrateur. Mais, en toute déférence, il me semble que cela ne fait aucune différence. M. Blaikie avait le devoir de donner à ses codirecteurs, et ce faisant à la compagnie, tout le bénéfice du savoir et de la compétence qu'il pouvait apporter en la matière. Il était tenu de les aider à obtenir les objets visés par le contrat au plus bas prix possible. Et en ce qui concerne les conseils qu'il devait leur donner, son intérêt personnel et son devoir entraient alors en conflit. Le principe demeure le même peu importe s'il était l'unique administrateur ou seulement un administrateur parmi d'autres.

En ce qui concerne la question de profit, l'appellant a allégué ce qui suit:

III [TRADUCTION] L'appellant n'a pas retiré le profit en question par suite d'un acte accompli après avoir été élu maire de l'intimée mais plutôt parce que la valeur de ses actions dans Sun-Alta Builders Ltd. et la valeur des terrains que possédait Sun-Alta Builders Ltd. à Rundle Heights avaient augmenté avant que l'appellant n'ait un devoir de fiduciaire envers l'intimée, de sorte que l'appellant n'est pas tenu en droit de rendre compte de ce profit ou de cette augmentation de valeur qui est survenu avant son élection à la mairie.

Pour en arriver à leur conclusion, les Cours d'instance inférieure ont examiné la preuve qu'elles ont jugée défavorable à l'appellant. Je ne vois aucune raison de modifier leurs conclusions concordantes.

Un élément qui a été considéré est que l'appellant, qui avait investi en 1960 la somme de \$80 dans la compagnie qui devint Sun-Alta Builders Ltd., a vendu ses actions après l'adoption du plan de relotissement pour la somme de \$95,000. Il était donc parfaitement raisonnable pour les Cours d'instance inférieure de conclure que le relotissement représentait la principale cause de cette formidable augmentation.

Une autre méthode pour en venir à la même conclusion était d'examiner les bilans financiers de Sun-Alta pour les périodes correspondantes. A la fin d'avril 1961, l'excédent se chiffrait à \$16,609.48; à la fin d'avril 1963, l'excédent se chiffrait à \$40,358.79; à la fin d'avril 1964, l'excédent se chiffrait à \$39,508.52. (Il manque le bilan

light of the foregoing, it was certainly open to the Courts below to come to the conclusion that for the surplus to jump from that last-mentioned figure to a figure in excess of \$200,000 in the weeks that followed, there must have been a major cause, which cause must have been the replot.

Before this Court, much emphasis has been put upon the evidence of one Roy Fletcher who allegedly would have been ready to pay \$275,000 for the land prior to the appellant being elected mayor. A short answer to that submission is that it was obviously not believed by the Courts below, a conclusion which I am inclined to share considering

- (a) that the deal fell through because Fletcher and Sun-Alta could not agree on the last \$15,000;
- (b) that the replot at that time was still very much in the future;
- (c) that the replot was bound to cause a substantial increase in value;
- (d) that even with the replot decided and with the consequent increase in value, the property was sold in 1965 for \$280,000.

Quite apart from the findings of the Courts below, it is quite clear that in a matter of this type, it is not always easy to determine to the last cent the amount of the profit. This is not the work of our Court and I cannot do any better on this point than to adopt the following extract from the reasons of Smith C.J.A., *supra*, at p. 188:

In *Toronto Hockey Club Ltd. v. Arena Gardens of Toronto Ltd.*, [1926] 4 D.L.R. 1, Warrington L.J., for the Judicial Committee of the Privy Council, said at p. 4:

The amount of damages in such a case as the present [referring to the case in which the statement was made] cannot be ascertained by any precise means, it must be more or less guess-work.

Nevertheless their Lordships upheld the award of damages as it was 'in their Lordships' opinion, impos-

de l'année 1962). A la lumière de ce qui précède, il était certainement permis aux Cours d'instance inférieure de conclure qu'il devait y avoir une raison importante pour que l'excédent passe du dernier montant mentionné à un montant de plus de \$200,000 dans les semaines qui suivirent, et que cette raison devait être le relotissement.

On a beaucoup insisté devant cette Cour sur le témoignage d'un certain Roy Fletcher qui, a-t-on dit, aurait été prêt à payer \$275,000 pour les terrains avant que l'appelant ne soit élu maire. On peut facilement répliquer à cette allégation en disant que les Cours d'instance inférieure n'y ont manifestement pas ajouté foi, et je suis porté à me rallier à cette conclusion étant donné

- a) que la transaction a échoué parce que Fletcher et Sun-Alta ne pouvaient s'entendre sur le dernier \$15,000;
- b) qu'à cette époque-là, le relotissement était encore un projet très indéfini;
- c) que le relotissement devait inévitablement apporter une importante augmentation de valeur;
- d) que même après que fut prise la décision d'effectuer un relotissement et après l'augmentation de valeur qui en a résulté, les terrains ont été vendus en 1965 pour la somme de \$280,000.

Abstraction faite des conclusions des Cours d'instance inférieure, il est évident qu'en ce genre de cause, il n'est pas toujours facile de déterminer à un cent près le montant du profit. Cette tâche n'incombe pas à cette Cour et je ne peux faire mieux à cet égard que de me rallier aux propos du juge en chef Smith de la Cour d'appel, lorsqu'il dit, (précitée), à la p. 188:

[TRADUCTION] Dans *Toronto Hockey Club Ltd. v. Arena Gardens of Toronto Ltd.*, [1926] 4 D.L.R. 1, le lord juge Warrington, au nom du Comité judiciaire du Conseil privé, a dit à la p. 4:

le montant des dommages dans une cause comme celle-ci [il s'agit de la cause où la déclaration a été faite] ne peut être déterminé par aucun moyen précis, il faut plus ou moins procéder à vue de nez.

Néanmoins, leurs Seigneuries, ont confirmé le montant des dommages accordés puisqu'il était, «de l'avis de

sible to say that they [the trial judge and the Court of Appeal] were wrong in the course they took'.

For these reasons, I would affirm the judgments below and dismiss the appeal, the whole with costs.

Appeal allowed with costs, DICKSON and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the defendant, appellant: Wood, Moir, Hyde & Ross, Edmonton.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Fenerty, McGillivray, Robertson, Prowse, Brennan, Fraser, Bell & Hatch, Calgary.

leurs Seigneuries, impossible d'affirmer qu'ils [le juge du procès et la Cour d'appel] avaient commis une erreur dans leur démarche».

Pour ces motifs, je confirmerais les jugements des Cours d'instance inférieure et je rejetterais le pourvoi, le tout avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les JUGES DICKSON et DE GRANDPRÉ étant dissidents.

Procureurs du défendeur, appellant: Wood, Moir, Hyde et Ross, Edmonton.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Fenerty, McGillivray, Robertson, Prowse, Brennan, Fraser, Bell and Hatch, Calgary.

Paul Gingras *Appellant*;

and

General Motors Products of Canada Ltd.
Respondent.

1974: March 22; 1974: November 27.

Present: Martland, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

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

Bankruptcy—Preferential payments—Petition by trustee to set aside—Time limit under Civil Code for Paulian actions not applicable—Repeal of federal act, consequence—Long line of cases—Interpretation Act—Civil Code, art. 1040—Bankruptcy Act, R.S.C. 1952, c. 14, s. 64—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. 1-23, s. 37.4.

Appellant, the trustee in bankruptcy of Boulevard G.M.C. (1964) Inc., filed a petition alleging that respondent had received from the debtor preferential payments contrary to s. 64 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1952, c. 14, and also taken back goods, which constituted a fraudulent payment. This petition was served more than one year after the appointment of the trustee and was dismissed by the lower courts on the ground that the prescription or time limit of one year specified in Art. 1040 C.C. for Paulian actions was applicable to the remedy of a trustee under s. 64. Hence the appeal to this Court.

Held (de Grandpré J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Martland, Pigeon and Dickson JJ.: Article 1040, as it stands, does not apply to the remedy created by the *Bankruptcy Act* for the purpose of having preferential payments declared void. It cannot be supposed that in enacting art. 1040, the Legislature intended that this prescription period or time limit of one year should apply not only to the remedy based on anything contained in that section of the code, but to the wider provisions contained in the *Insolvent Act* of 1864 as well. The Legislature did not intend in any way to affect what had been enacted some years earlier in that act which was a statute applicable to Upper Canada also. Whatever may have been the effect of the repeal by Parliament in 1880 of all legislation on insolvency, its result certainly could not have been that when a new *Bankruptcy Act* was introduced in 1919, art. 1040 became applicable to the provisions of that Act concerning preferential payments, when it had never been so

Paul Gingras *Appellant*;

et

General Motors Products of Canada Ltd.
Intimée.

1974: le 22 mars; 1974: le 27 novembre.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Faillite—Paiements préférentiels—Requête du syndic en annulation—Prescription de l'action paulienne inapplicable—Effet d'abrogation de loi fédérale—Jurisprudence—Loi d'interprétation—Code civil, art. 1040—Loi sur la faillite, S.R.C. 1952, c. 14, art. 64—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, c. 1-23, art. 37.4.

L'appellant, syndic de la faillite de Boulevard G.M.C. (1964) Inc., a présenté une requête à l'effet que l'intimée avait reçu de la débitrice des paiements préférentiels contrairement à l'art. 64 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1952, c. 14, et avait aussi repris des marchandises, ce qui constituait un paiement frauduleux. Cette requête, présentée plus d'un an après la nomination du syndic, a été jugée irrecevable par les cours inférieures, pour le motif que la prescription ou déchéance d'un an prévue à l'art. 1040 C.c. pour l'action paulienne serait applicable au recours d'un syndic fondé sur l'art. 64. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt (le juge de Grandpré, dissident): Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Martland, Pigeon et Dickson: L'article 1040, comme il est rédigé, ne s'applique pas au recours créé par la *Loi sur la faillite* pour faire annuler des paiements préférentiels. On ne peut pas penser que la Législature, en édictant l'art. 1040, voulait que cette prescription ou déchéance d'un an s'appliquât non seulement au recours fondé sur les dispositions contenues en cette section du *Code civil*, mais aussi aux dispositions plus étendues contenues en l'*Acte concernant la Faillite*, 1864. La Législature entendait ne toucher en rien à ce qui avait été décrété quelques années auparavant par cette loi-là qui était applicable également au Haut Canada. Quel qu'ait pu être l'effet de l'abrogation, par le Parlement, en 1880, de toute législation sur la faillite, elle n'a certainement pas pu avoir pour résultat que lorsqu'une nouvelle *Loi de faillite* a été décrétée en 1919, l'art. 1040 serait devenu applicable aux dispositions de cette loi-là sur les paiements préférentiels, alors

applicable to analogous provisions in prior bankruptcy statutes. The special remedy provided, in the case of bankruptcy, for having preferential payments declared void, has always been legislatively distinct from the Paulian action since the first insolvency statute was adopted in 1864. There is thus no reason not to give a literal interpretation to art. 1040.

These are not here circumstances comparable to those which sometimes led this Court to regard provincial precedents as decisive. This case deals with the application of provincial law to proceedings instituted under a federal statute. Section 37(4) of the *Interpretation Act* prevents its reenactment being regarded as an adoption of such judicial construction.

Per Beetz J.: At the outset, Art. 1037 C.C. may have had the effect to incorporate for certain purposes within Section VI of the *Civil Code* the "further provisions concerning the presumption of fraud and the nullity of acts done in contemplation of insolvency . . . contained in the *Insolvent Act* of 1864". Such incorporation, if any, ceased to exist with the repeal of legislation on insolvency in 1880 and the repeal of Art. 1037 C.C. and the final words of Art. 1039 C.C. in 1886, and, in view of the wording of Art. 1040 C.C., it could not subsequently revive in the absence of some clear provision which only Parliament was empowered to enact; the *Act respecting Bankruptcy* of 1919 and amendments contain no such provision. Accordingly, it is the limitation periods of general application, of thirty or five years, as the case may be, which must be applied to the remedy provided by s. 64 of the *Bankruptcy Act*.

Per de Grandpré J., dissenting: Constitutional theory requires that in a field such as that of bankruptcy, the federal legislator has priority only in the portion occupied by him. Consequently, federal and provincial legislation may exist side by side in the field of preferential payments, since the *Bankruptcy Act* overrides the Paulian action only to the limited extent that it deals with acts in fraud of the debtor; all aspects of fraudulent action falling outside the provisions of the *Bankruptcy Act* may be considered in the light of the principles of the *Civil Code*. In view of the silence of the *Bankruptcy Act* on prescription of the trustee's remedies, therefore, these remedies can be made subject to prescription under the *Civil Code*, whether for thirty years, five years or one year. Since the remedy in the *Bankruptcy Act* and that in the Paulian remedy are the same in substance, the best prescription to apply is that of Art. 1040 of the *Civil Code*. The pre-Confederation legislator intended at that time prescription of the trustee's remedies in cases of preferential payments to be subject to the rule of Art. 1040. Nothing since then has

qu'il ne l'avait jamais été aux dispositions analogues des lois antérieures sur la faillite. Le recours spécial donné au cas de faillite pour l'annulation des paiements préférentiels a toujours été législativement distinct de l'action paulienne depuis l'adoption de la première loi sur la faillite de 1864. Il n'y a donc aucune raison de ne pas interpréter littéralement l'art. 1040.

On ne trouve pas ici les circonstances analogues à celles qui ont parfois amené la Cour à considérer décisive la jurisprudence provinciale. Il s'agit ici de l'application d'une disposition provinciale à des procédures régies par une loi fédérale. L'art. 37.4 de la *Loi d'interprétation* défend de voir dans l'adoption de cette loi la consécration de cette jurisprudence.

Le juge Beetz: A l'origine, l'art. 1037 avait peut-être pour effet d'intégrer pour certaines fins dans le cadre de la section VI du *Code civil* «des dispositions plus étendues sur la présomption de fraude et la nullité des actes faits en vue de la faillite . . . contenues en l'*Acte concernant la faillite*, 1864.» Cette intégration, si elle a existé, a cessé avec l'abrogation de la législation sur la faillite, en 1880, et de l'art. 1037 et des derniers mots de l'art. 1039, en 1886; vu la lettre de l'art. 1040, une telle intégration ne pouvait revivre sans une disposition claire que seul le Parlement avait le pouvoir d'adopter mais que l'on ne retrouve pas dans la *Loi de faillite* de 1919, ni dans ses modifications. Ce sont donc les délais de prescription du droit commun, de trente ans ou de cinq ans selon le cas, qui doivent s'appliquer au recours prévu à l'art. 64 de la *Loi sur la faillite*.

Le juge de Grandpré, dissident: La théorie constitutionnelle veut que dans un domaine comme celui de la faillite, la législation fédérale ne vait que pour le secteur qu'il a occupé. Par conséquent les législations fédérale et provinciale en matière de paiements préférentiels peuvent co-exister, puisque la *Loi sur la faillite* n'écarte le recours paulien que dans la mesure étroite où elle se prononce sur les gestes frauduleux du débiteur; toute cette partie des gestes frauduleux qui échappe aux prescriptions de la *Loi sur la faillite* peut être examinée à la lumière des principes du *Code civil*. Devant le silence de la *Loi sur la faillite* quant à la prescription des recours du syndic, il est donc possible de soumettre ces recours à la prescription du *Code civil*, qu'elle soit trentenaire, quinquennale ou annale. Vu que le recours de la *Loi sur la faillite* et le recours paulien ont la même nature, la meilleure prescription à appliquer est celle de l'art. 1040 du *Code civil*. Le législateur d'avant la confédération a voulu à ce moment-là que la prescription des recours du syndic dans le cas des paiements préférentiels soit soumise à la règle de l'art. 1040. Rien depuis lors n'a

altered this position, and the remedy in s. 64 of the *Bankruptcy Act* remains subject to annual prescription.

[*Cie de Construction de Charlesbourg v. Demers*, [1948] Que. Q.B. 745; *Grobstein v. Bank Canadian National*, [1963] Que. Q.B. 215; *Bissonnette v. Bank of Nova Scotia*, [1964] Que. Q.B. 918; *Mercurie v. Vary*, [1970] C.A. 480; *Traders Finance Corporation Ltd. v. Lévesque*, [1961] S.C.R. 83, referred to. *Ace Holdings Corporation v. The Montreal Catholic School Commission*, [1972] S.C.R. 268; *Village de la Malbaie v. Boulianne*, [1932] S.C.R. 374, distinguished.]

APPEAL from the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec, affirming a bankruptcy judgment of the Superior Court. Appeal allowed, de Grandpré J. dissenting.

M. Hickson, for the appellant.

J. Turgeon, for the respondent.

The judgment of Martland, Pigeon and Dickson JJ. was delivered by

PIGEON J.—This appeal is against a decision of the Court of Appeal of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court, bankruptcy side, dismissing the petition of appellant, the trustee in bankruptcy of Boulevard G.M.C. (1964) Inc. That petition alleged that respondent has received from the debtor within the three months preceding its bankruptcy preferential payments amounting to \$27,000, contrary to s. 64 of the *Bankruptcy Act*. It also alleged that, within the few months prior to the bankruptcy, respondent took back goods valued at \$98,862.74, which constituted a fraudulent preferential payment.

The only ground raised in respondent's exception to dismiss was that appellant was appointed trustee on May 25, 1967, and his petition was served on respondent on February 18, 1970. This exception was allowed for the reason that the prescription or time limit of one year specified in Art. 1040 of the *Civil Code* of Quebec was held to be applicable to the remedy of a trustee under s. 64 of the *Bankruptcy Act* (R.S.C. 1952, c. 14, now R.S.C. 1970, c. B-3, s. 73). This decision is in accordance with earlier judgments of the Court of

changé cette situation et le recours de l'art. 64 de la *Loi sur la faillite* reste soumis à la prescription annale.

[Arrêts mentionnés: *Cie de Construction de Charlesbourg c. Demers*, [1948] B.R. 745; *Grobstein c. Banque Canadienne Nationale*, [1963] B.R. 215; *Bissonnette c. Banque de la Nouvelle-Écosse*, [1964] B.R. 918; *Mercurie c. Vary*, [1970] C.A. 480; *Traders Finance Corporation Ltd. c. Lévesque*, [1961] R.C.S. 83. Distinction faite avec: *Ace Holdings Corporation c. La Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1972] R.C.S. 268; *Village de la Malbaie c. Boulianne*, [1932] R.C.S. 374.]

APPEL de la Cour du Banc de la Reine, province de Québec, confirmant un jugement de la Cour supérieure en matière de faillite. Appel accueilli, le juge de Grandpré étant dissident.

M. Hickson, pour l'appellant.

J. Turgeon, pour l'intimée.

Le jugement des juges Martland, Pigeon et Dickson a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure en matière de faillite, déclarant irrecevable la requête de l'appellant, syndic de la faillite de Boulevard G.M.C. (1964) Inc. Cette requête allègue que l'intimée a reçu de la débitrice, dans les trois mois qui ont précédé sa faillite, des paiements préférentiels au montant de \$27,000, contrairement à l'art. 64 de la *Loi sur la faillite*. Elle allègue aussi que l'intimée a repris, dans les quelques mois qui ont précédé la faillite, des marchandises d'une valeur de \$98,862.74 ce qui constitue un paiement préférentiel frauduleux.

L'unique moyen de non recevabilité soulevé par l'intimée c'est que l'appellant a été nommé syndic le 25 mai 1967 et que sa requête a été signifiée à l'intimée le 18 février 1970. Ce moyen a été déclaré bien fondé pour le motif que la prescription ou déchéance d'un an prévue à l'art. 1040 du *Code civil* québécois serait applicable au recours d'un syndic fondé sur l'art. 64 de la *Loi sur la faillite* (S.R.C. 1952, c. 14, aujourd'hui S.R.C. 1970, c. B-3, art. 73). Cette décision est conforme à la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec:

Appeal of Quebec: *Cie de Construction de Charlesbourg v. Demers*¹; *Grobstein v. Bank Canadian National*²; *Bissonnette v. Bank of Nova Scotia*³; *Mercure v. Vary*⁴.

However, a contrary view was expressed in this Court by Locke J. in *Traders Finance Corporation Ltd. v. Lévesque*⁵. In that case, as in the others, the trustee did not act within a year from his appointment; however, the action was instituted not by him but by a creditor authorized to do so under s. 16 of the *Bankruptcy Act* (now s. 20), under which "the trustee shall assign and transfer to the creditor all his rights". This creditor had only learned of the fraudulent payment less than a year before his action was instituted, and for this reason the Quebec courts held⁶ that the prescription or time limit affecting the remedy of the trustee was not applicable to him. However, Choquette J. A. took the view that Art. 1040 C.C. was wholly inapplicable (at pp. 274-275):

[TRANSLATION] 1. The payment impugned by respondent is in fact one considered by s. 64 of the *Bankruptcy Act* to be "fraudulent and void as against the trustee in the bankruptcy". The court relied on that section in declaring this payment void:

Whereas respondent (the appellant) has not rebutted the presumption created by s. 64 of the *Bankruptcy Act*.

Now, Art. 1040 C.C. applies exclusively to the Paulian action of the *Civil Code*, Arts. 1032 to 1039 C.C., which are grouped under the title: "Of the avoidance of contracts and payments made in fraud of creditors".

Indeed, the text of Art. 1040 C.C. could not possibly be more explicit.

I do not see how we could apply a provision of such a limited nature to a remedy which it does not cover, particularly to the remedies based on ss. 60-67 of the *Bankruptcy Act*, which exist independently of Arts. 1032-1040 of the *Civil Code*. The position is not altered in any way by the new s. 41(6), which leaves unchanged provisions concerning property and civil rights not in conflict with federal law. That section only confers on

*Cie de Construction de Charlesbourg c. Demers*¹; *Grobstein c. Banque Canadienne Nationale*²; *Bissonnette c. Banque de la Nouvelle-Écosse*³; *Mercure c. Vary*⁴.

Une opinion contraire a cependant été exprimée en cette Cour par M. le juge Locke dans *Traders Finance Corporation Ltd c. Lévesque*⁵. Dans cette affaire-là comme dans les autres, le syndic n'avait pas agi dans l'année de sa nomination, mais ce n'était pas lui qui avait intenté les procédures mais bien un créancier autorisé à le faire en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la faillite* (aujourd'hui art. 20), aux termes duquel «le syndic doit céder et transporter au créancier tous ses droits». Ce créancier n'avait connu le paiement frauduleux que moins d'un an avant l'institution de ses procédures et, pour ce motif, les tribunaux du Québec⁶ avaient déclaré que la prescription ou déchéance visant le recours du syndic ne lui était pas applicable. M. le juge Choquette cependant, avait été d'avis que l'art. 1040 C. c. était entièrement inapplicable (pp. 274-275):

1. Le paiement que l'intimé attaque en est bien un que l'art. 64 de la Loi sur la faillite tient pour «frauduleux et nul à l'encontre du syndic». C'est en s'appuyant sur cet article que le tribunal a annulé ce paiement:

Considérant que l'intimée (l'appelante) n'a pas repoussé la présomption créée par l'art. 64 de la Loi sur la faillite.

Or, l'art. 1040 C.C. s'applique exclusivement à l'action paulienne du Code civil, art. 1032 à 1039 C.C. groupés sous le titre: «De l'annulation des contrats et paiements faits en fraude des créanciers».

Le texte de l'art. 1040 C.C., en effet, ne saurait être plus explicite.

Je ne vois pas comment nous pourrions appliquer un texte aussi limité à un recours qu'il ne vise pas, spécialement aux recours fondés sur les art. 60 à 67 de la Loi sur la faillite, lesquels existent indépendamment des art. 1032 à 1040 du Code civil. Ne change rien à la situation le nouvel art. 41, par. 6, qui laisse subsister les dispositions relatives à la propriété et aux droits civils non incompatibles avec la loi fédérale. Cette disposition ne

¹ [1948] Que. Q.B. 745.

² [1963] Que. Q.B. 215.

³ [1964] Que. Q.B. 918.

⁴ [1970] C.A. 480.

⁵ [1961] S.C.R. 83.

⁶ [1960] Que. Q.B. 264.

¹ [1948] B.R. 745.

² [1963] B.R. 215.

³ [1964] B.R. 918.

⁴ [1970] C.A. 480.

⁵ [1961] R.C.S. 83.

⁶ [1960] B.R. 264.

the trustee all civil remedies which are "supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act"; it does not incorporate in ss. 60-67 a time limit applicable exclusively to a remedy peculiar to the *Civil Code*.

That is why I would only apply *Cie de Construction Charlesbourg Inc.: Lefavre et al. v. Demers* [1948] Que. Q.B. 745 to contracts and payments made more than three months before the bankruptcy, and not covered by ss. 60-67 of the *Bankruptcy Act*; as such contracts and payments were not contemplated by the aforementioned sections, the law governing them must be applied to them. We were referred to *Lefebvre v. Cartierville Lumber Co. and Perras* [1955] Que. Q.B. 474 and *Trahan v. Lamarre and Roy and Custeau* [1956] Que. Q.B. 1, but in those cases the payment or contract impugned was made more than three months prior to the bankruptcy.

I conclude that Art. 1040 C.C. does not bar respondent's petition.

The majority decision in this Court did not deal with the point, Fauteux J. saying (at p. 87 as translated in 26 D.L.R. (2d) 390):

Consequently it is unnecessary to decide whether the loss of rights, specifically established in art. 1040 of the *Civil Code* for remedies which, while related to those authorized by s. 16, differ from them, may be applied in the case in question. But assuming, without deciding it, that such were the case, I would say, in agreement with Justices Pratte and Choquette, that the starting point of the loss of rights provided for by this article varies according to whether the action is instituted by the creditor or the Trustee. It would follow, then, that the respondent having sued within the year in which knowledge of the fraudulent payment was acquired, his action could not be considered late within the terms of this section.

However, Locke J. said (at pp. 90-91):

The limitation in art. 1040 is that no payment can be avoided "by reason of anything contained in this section" and it is not by reason of anything contained in section 6, being art. 1032 to 1036 and 1038 to 1040 both inclusive, that the respondent sought to recover and did recover. The article, therefore, in my opinion does not affect the matter.

It may be said that provisions similar to those contained in the articles of the *Civil Code* to which I have referred are to be found in statutes of most of the provinces of Canada.

fait qu'accorder au syndic tous les recours civils qui sont «supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi»; elle n'incorpore pas aux art. 60 à 67 une déchéance exclusivement applicable à un recours particulier du Code civil.

C'est pourquoi, je n'appliquerais l'arrêt *Cie de Construction Charlesbourg Inc.: Lefavre et autres v. Demers* [1948] B.R. 745, qu'aux contrats et paiements faits plus de trois mois avant la faillite et non couverts par les art. 60 à 67 de la Loi sur la faillite; ces contrats et paiements n'étant pas visés par les articles précités, il faut bien leur appliquer la loi qui les régit. On a cité les arrêts *Lefebvre v. Cartierville Lumber Co. et Perras* [1955] B.R. 474 et *Trahan v. Lamarre et Roy et Custeau* [1956] B.R. 1 mais, dans ces cas, le paiement ou le contrat attaqué avait été fait plus de trois mois avant la faillite.

Je conclus que l'art. 1040 C.C. ne saurait être opposé à la demande de l'intimé.

En cette Cour, la majorité ne s'est pas prononcée sur ce point-là, M. le juge Fauteux disant (à la p. 87):

Dans ces vues, il n'est pas nécessaire de décider si les déchéances spécifiquement établies en l'art. 1040 du *Code civil* pour des recours qui, s'apparentant à celui qu'autorise l'art. 16, en différent, peuvent recevoir une application en l'espèce. Mais assumant, sans le décider, que tel soit le cas, d'accord avec MM. les Juges Pratte et Choquette, je dirais que le point de départ des déchéances prescrites par cet article varie selon que la poursuite est intentée par le créancier ou par le syndic. Il s'ensuivrait alors que l'intimé ayant poursuivi dans l'année de la connaissance acquise du paiement frauduleux, son action ne saurait être considérée comme tardive aux termes de cet article.

M. le juge Locke, cependant, a dit (pp. 90-91):

[TRADUCTION] La prescription de l'art. 1040 est qu'aucun paiement ne peut être déclaré nul «en vertu de quelqu'une des dispositions contenues en cette section»; or ce n'est pas en vertu de quelqu'une des dispositions contenues dans la section 6, soit les art. 1032 à 1036 incl. et 1038 à 1040 incl., que l'intimé a poursuivi et triomphé. Par conséquent l'article, à mon avis, n'a aucun effet sur la question.

L'on peut dire que des dispositions semblables à celles que contiennent les articles du *Code civil* auxquels je me suis reporté se retrouvent dans les lois de la plupart des provinces du Canada.

The remedies thus given are quite distinct from those given to the trustee in bankruptcy under c. 64 of the *Bankruptcy Act*. The right to enforce such claims by creditors does not depend upon the fact that the person making the transfer has been declared bankrupt and these rights may be enforced under the provincial statutes unless bankruptcy has intervened. This has been held in a number of cases in various provinces, which are to be found collected in the 3rd ed. of *Bradford and Greenberg on the Bankruptcy Act*, at p. 158 et seq. In Quebec the limitation provided by art. 1040 only refers to proceedings under the articles mentioned.

If it were otherwise and art. 1040 on its face applied to the cause of action referred to in s. 64 of the *Bankruptcy Act*, when asserted either by the trustee or under s. 16 by a creditor claiming by virtue of an assignment, it would be necessary to consider whether the article was *intra vires* the Legislature of Quebec. The right of action is one given by a Dominion statute and the right of the trustee and his assignee to resort to the courts is a substantive right. Article 1040, if it applied, would deprive those entitled to assert that right after a defined period. It would be necessary to consider then the effect of the decision of this Court in *Attorney General of Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co. Ltd.* [1941] S.C.R. 87, 1 D.L.R. 625.

At the hearing counsel for the respondent put considerable emphasis on the argument that, as the Quebec *Civil Code* predates Confederation, the provisions it then contained, such as Art. 1040, cannot be unconstitutional. But, this does not prevent such provisions from becoming inoperative if the federal Parliament occupies the field. The fact that, to be strictly correct, the issue should have been stated in those terms, in no way detracts from the value of the opinion of Locke J., which like that of Choquette J.A. was based on the unequivocal wording of Art. 1040 C.C.

The question is not whether the prescription periods fixed by provincial law apply to bankruptcy cases in the absence of any contrary provision. What has to be decided here is whether Art. 1040 C.C., as it stands, applies to the remedy created by the *Bankruptcy Act* for the purpose of having preferential payments declared void. This article is

Les recours ainsi accordés sont fort différents de ceux qui sont accordés au syndic de faillite sous le régime de l'art. 64 de la *Loi sur la faillite*. Le droit de faire valoir de telles réclamations de créanciers ne dépend pas du fait que la personne faisant le transfert a été mise en faillite et on peut faire valoir ces droits sous le régime des lois provinciales à moins que la faillite n'intervienne. On en a jugé ainsi dans nombre de causes dans diverses provinces, que l'on trouve mentionnées dans la 3^e éd. de *Bradford and Greenberg on the Bankruptcy Act*, pp. 158 et seq. Au Québec la prescription prévue par l'art. 1040 ne se rapporte qu'aux procédures intentées sous le régime des articles mentionnés.

S'il en était autrement et que l'art. 1040 s'appliquât *ex facie* à la cause d'action mentionnée à l'art. 64 de la *Loi sur la faillite*, lorsque alléguée soit par le syndic soit, en vertu de l'art. 16, par un créancier réclamant en vertu d'une cession, il serait nécessaire de considérer la question de savoir si l'article est *intra vires* de la législature du Québec. Le droit d'action est un droit d'action octroyé par une loi fédérale et le droit que possèdent le syndic et son cessionnaire de s'adresser aux tribunaux touche le fond du litige. L'article 1040, s'il s'appliquait, aurait pour effet de frustrer ceux qui ont le droit de faire valoir ce droit après une période déterminée. Il serait nécessaire de considérer alors l'effet de la décision de cette Cour dans *Procureur général de l'Alberta et Winstanley c. Atlas Lumber Co. Ltd.*, [1941] R.C.S. 87, 1 D.L.R. 625.

A l'audition, l'avocat de l'intimée a fait grand état de ce que le *Code civil* du Québec étant une loi antérieure à la Confédération, les dispositions qui s'y trouvaient alors, et c'est bien le cas de l'art. 1040, ne sauraient être inconstitutionnelles. Cela n'empêche pas, cependant, ces dispositions de devenir inopérantes si le pouvoir fédéral occupe le champ. Le fait que, pour être rigoureusement exact il aurait dû soulever la question en ces termes-là, n'enlève aucune valeur à l'opinion de M. le juge Locke fondée, comme celle de M. le juge Choquette, sur le texte non équivoque de l'art. 1040 C.c.

La question n'est pas de savoir si les prescriptions établies par la loi provinciale s'appliquent en matière de faillite en l'absence de disposition contraire. Ici, ce qu'il faut décider c'est si l'art. 1040 C.c., comme il est rédigé, s'applique au recours créé par la *Loi sur la faillite* pour faire annuler les paiements préférentiels. Cet article ne se trouve

not under the heading of prescription. It is not a general provision fixing the time required for prescription to have effect, as are Arts. 2240-2270. It is the final article in Section VI of the chapter Of Contracts. When the Code was adopted by the Legislature, that section read as follows:

Of the Avoidance of Contracts and Payments made in
Fraud of Creditors

1032. Creditors may in their own name impeach the acts of their debtors in fraud of their rights, according to the rules provided in this section.

1033. A contract cannot be avoided unless it is made by the debtor with intent to defraud, and will have the effect of injuring the creditor.

1034. A gratuitous contract is deemed to be made with intent to defraud, if the debtor be insolvent at the time of making it.

1035. An onerous contract made by an insolvent debtor with a person who knows him to be insolvent is deemed to be made with intent to defraud.

1036. Every payment made by an insolvent debtor to a creditor knowing his insolvency, is deemed to be made with intent to defraud, and the creditor may be compelled to restore the amount or thing received or the value thereof, for the benefit of the creditors according to their respective rights.

1037. Further provisions concerning the presumption of fraud and the nullity of acts done in contemplation of insolvency are contained in The Insolvent Act of 1864.

1038. An onerous contract made with intent to defraud on the part of the debtor, but in good faith on the part of the person with whom he contracts is not voidable; saving the special provisions applicable in case of insolvency of traders.

1039. No contract or payment can be avoided, by reason of anything contained in this section, at the suit of a subsequent creditor, unless he is subrogated in the rights of an anterior creditor; saving however the exception contained in The Insolvent Act of 1864.

1040. [No contract or payment can be avoided by reason of anything contained in this section, at the suit of any individual creditor, unless such suit is brought within one year from the time of his obtaining a knowledge thereof.

pas au titre de la prescription. Il n'est pas une disposition générale fixant le temps requis pour prescrire, comme le sont les art. 2240 à 2270. Il est le dernier de la section VI du chapitre des contrats, section qui, lorsque le Code a été adopté par la Législature, se lisait comme suit:

De l'annulation des contrats et paiements faits en fraude
des créanciers

1032. Les créanciers peuvent, en leur propre nom, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, conformément aux règles prescrites dans cette section.

1033. Un contrat ne peut être annulé à moins qu'il ne soit fait par le débiteur avec l'intention de frauder, et qu'il n'ait l'effet de nuire au créancier.

1034. Un contrat à titre gratuit est réputé fait avec intention de frauder, si, au temps où il est fait, le débiteur est insolvable.

1035. Un contrat à titre onéreux fait par un débiteur insolvable avec une personne qui connaît cette insolvabilité, est réputé fait avec l'intention de frauder.

1036. Tout paiement fait par un débiteur insolvable à un créancier qui connaît cette insolvabilité, est réputé fait avec intention de frauder, et le créancier peut être contraint de remettre le montant ou la chose reçue, ou sa valeur, pour le bénéfice des créanciers suivant leurs droits respectifs.

1037. Des dispositions plus étendues sur la présomption de fraude et la nullité des actes faits en vue de la faillite sont contenues en «l'Acte concernant la faillite, 1864».

1038. Un contrat à titre onéreux fait avec l'intention de frauder de la part du débiteur, mais de bonne foi de la part de la personne avec qui il contracte, ne peut être annulé, sauf les dispositions particulières au cas de faillite.

1039. La nullité d'un contrat ou d'un paiement ne peut être demandée par un créancier postérieur en vertu de quelque disposition contenue en cette section, à moins qu'il ne soit subrogé aux droits d'un créancier antérieur; sauf néanmoins l'exception contenue en l'Acte concernant la Faillite, 1864.

1040. [Aucun contrat ou paiement ne peut être déclaré nul, en vertu de quelque une des dispositions contenues en cette section, à la poursuite d'un créancier individuellement, à moins que telle poursuite ne soit commencée avant l'expiration d'un an à compter du jour qu'il en a eu connaissance.

If the suit be by assignees or other representatives of the creditors collectively, it must be brought within a year from the time of their appointment.]

Can it be supposed, even for a moment, that in thus enacting Art. 1040—a provision embodying new law as indicated by the square brackets,—the Legislature intended that this prescription period or time limit of one year should apply not only to the remedy based on *anything contained in this section*, but to the *further provisions . . . contained in The Insolvent Act of 1864* as well? That Insolvent Act, it must be noted, contained at the outset the following provision:

1. This Act shall apply in Lower Canada to traders only, and in Upper Canada to all persons whether traders or non-traders.

Under the heading “Of fraud and fraudulent preferences” there was a lengthy section, of which I shall quote the first subsection only:

8. All gratuitous contracts or conveyances, or contracts or conveyances without consideration, or with a merely nominal consideration, made by a debtor afterwards becoming an insolvent, with or to any person whomsoever, within three months next preceding the date of the assignment or of the issue of the writ of attachment in compulsory liquidation; and all contracts by which creditors are injured, obstructed or delayed, made by a debtor unable to meet his engagements, and afterwards becoming an insolvent, with a person knowing such inability or having probable cause for believing such inability to exist, or after such inability is public and notorious, are presumed to be made with intent to defraud his creditors.

In my view it is clear that, in enacting as it did Section VI of the chapter Of Contracts, the Legislature did not intend in any way to affect what had been enacted some years earlier in the *Act respecting Insolvency*, which was a statute applicable to Upper Canada also. This intent was indicated, not only by Art. 1037, but also by the following words added to Arts. 1038 and 1039 respectively:

. . . saving the special provisions applicable in case of insolvency of traders.

. . . saving however the exception contained in the Insolvent Act of 1864.

Si la poursuite est faite par des syndics ou autres représentants des créanciers collectivement, elle devra être commencée dans l'année à compter du jour de leur nomination.]

Peut-on penser un seul instant que la législature, en édictant ainsi l'art. 1040, une disposition de droit nouveau comme l'indiquent les crochets, voulait que cette prescription ou déchéance d'un an s'appliquât non seulement au recours fondé sur *les dispositions contenues en cette section*, mais aussi aux *dispositions plus étendues contenues en l'Acte concernant la Faillite, 1864*? Cette loi sur la faillite, il importe de le noter, comportait au début, la disposition suivante:

1. Le présent acte s'applique, dans le Bas Canada, aux commerçants uniquement, et dans le Haut Canada, à toutes personnes engagées ou non dans le commerce.

Sous le titre «De la fraude et des préférences frauduleuses», on y trouvait un long article dont je ne citerai que le premier paragraphe:

8. Tous contrats à titre gratuit, transport, contrats ou transports sans considération, ou moyennant une considération purement nominale, faits par un débiteur devenant subséquemment insolvable avec ou à une personne quelconque dans les trois mois précédant la date de la cession ou de l'émission du bref de saisie en liquidation forcée, et tous contrats de nature à léser, embarrasser ou retarder les créanciers, faits par un débiteur incapable de remplir ses engagements et devenant par la suite insolvable avec une personne connaissant cette insolvabilité ou ayant raison probable de croire que telle insolvabilité existe ou après que sa faillite sera publique et notoire,—sont présumés faits avec l'intention de frauder ses créanciers:

Il me semble évident que la Législature, en édictant comme elle l'a fait la section VI du chapitre des contrats, entendait ne toucher en rien à ce qui avait été décrété quelques années auparavant par l'*Acte concernant la Faillite* qui était une loi applicable également au Haut Canada. Cette intention était manifestée non seulement par l'art. 1037 mais aussi par les mots suivants ajoutés aux art. 1038 et 1039 respectivement:

. . . sauf les dispositions particulières au cas de faillite.

. . . sauf néanmoins l'exception contenue en l'Acte concernant la Faillite, 1874.

It is no doubt proper to note that, in the draft submitted with the *First Report* of the codifiers, on October 12, 1861, Section VI consisted of ten articles. The first five, Arts. 51 to 55, became Arts. 1032 to 1036 practically without change. Arts. 57 and 58 became 1038 and 1039, with the above-noted additions, and Art. 60 became Art. 1040. As to Arts. 56 and 59, which were provisions embodying new law suggested in amendment, the Legislature replaced them by Art. 1037. These two articles read as follows:

(Additional article suggested in amendment.)

56. (61) If any contract or payment designated in the three last preceding articles be made by a merchant or trader within ten days previous to his bankruptcy, his insolvency and intent to defraud, and the knowledge thereof by the creditor or the party with whom he contracted, are presumed.

(Additional article suggested in amendment.)

59. (64) Contracts and payments made by a merchant or trader within ten days previous to his bankruptcy may be avoided for the causes assigned in this section, at the suit of any creditor, although posterior thereto.

Clearly, if the Legislature had enacted the Code with these provisions in the section, Art. 1040 would have applied thereto, but due to the adoption of an insolvency act in the meantime, it deleted them. It thus clearly indicated that it intended to leave the insolvency act intact, whereas it would have introduced an important change by enacting a short period of prescription or time limit applicable thereto which did not exist previously. In this regard I should point out that, Art. 1040 aside, the prescription period of thirty years provided in Art. 2242 is not necessarily the only period applicable. Under Art. 2260(4) the five-year prescription period applies to *any claim of a commercial nature*.

It now remains to be seen how Art. 1037, and the final clause added to Art. 1039, disappeared. For this, it must first be noted that, after enacting two new statutes on insolvency in 1869 (32-33 Vict., c. 16) and in 1875 (38 Vict., c. 16) to replace the act of 1864, the federal Parliament

Il est sans doute à propos de signaler que dans le texte accompagnant le premier rapport des codificateurs présenté le 12 octobre 1861, la Section VI comprenait dix articles. Les cinq premiers art. 51 à 55 sont devenus les art. 1032 à 1036 pratiquement sans changements. Les art. 57 et 58 sont devenus 1038 et 1039 avec les additions ci-dessus mentionnées et l'art. 60 est devenu l'art. 1040. Quant aux art. 56 et 59 qui étaient des dispositions de droit nouveau suggérées en amendement, la Législature les avait remplacés par l'art. 1037. Ces deux articles se lisaient comme suit:

(Article additionnel suggéré en amendement.)

56. (61) Lorsqu'un contrat ou paiement de la nature de ceux désignés dans les trois articles précédents, est fait par un marchand ou commerçant dans les dix jours qui précèdent sa faillite, son insolvabilité et l'intention de frauder sont présumées, ainsi que leur connaissance par le créancier ou la personne avec qui il a contracté.

(Article additionnel suggéré en amendement.)

59. (64) Les contrats et paiements faits par un marchand ou commerçant, dans les dix jours qui précèdent sa faillite, peuvent être annulés à la poursuite de tout créancier même postérieur pour les causes contenues dans cette section.

Évidemment, si la Législature avait édicté le Code avec ces dispositions-là dans la section, l'art. 1040 s'y serait appliqué, mais vu la mise en vigueur dans l'intervalle d'une loi sur la faillite, elle les a retranchées. Elle a ainsi clairement indiqué qu'elle entendait laisser intacte cette loi-là alors qu'elle y aurait apporté une modification importante en édictant un court délai de prescription ou de déchéance qui s'y serait appliqué et qui n'existait pas auparavant. A ce propos, il me paraît opportun de signaler que, sans l'art. 1040, ce n'est pas nécessairement la prescription de trente ans prévue à l'art. 2242 qui est seule applicable. En vertu du par. 4 de l'art. 2260, la prescription de cinq ans s'applique *en toutes matières commerciales*.

Il reste à voir maintenant comment ont disparu l'art. 1037 ainsi que le dernier bout de phrase ajouté à l'art. 1039. Pour cela, il faut d'abord considérer qu'après avoir édicté en 1869 (32-33 Vict. c. 16) et en 1875 (38 Vict. c. 16), deux nouvelles lois sur la faillite en remplacement de

completely repealed all legislation on insolvency in 1880 (43 Vict., c. 1). When the revision of 1886 was undertaken, there was therefore no longer an insolvency statute in existence. It was in view of this situation that, in Schedule A of the Revised Statutes of 1886, reference was made, *inter alia*, to Art. 1037 of the *Civil Code* and the last clause of Art. 1039, as being among the "Acts and parts of Acts repealed, from the date of the coming into force of the Revised Statutes of Canada, so far as the said Acts and parts of Acts relate to matters within the legislative authority of the Parliament of Canada". Subsequently, in the Revised Statutes of Quebec, 1888, under the heading "Federal amendments to Civil Code", the following sections were inserted:

6233. Article 1037 is repealed by the Federal act respecting the Revised Statutes of Canada. 49 V., C., c. 4, s. 5, schedule A.

6234. Article 1039 should read as follows:

"1039. No contract or payment can be avoided, by reason of anything contained in this section, at the suit of a subsequent creditor, unless he is subrogated in the rights of an anterior creditor". C.C., 1039; 43 V., C., c. 1; 49 V., C., c. 4, s. 5, schedule A.

In all previous cases on the construction of Art. 1040, I have found only a single opinion which refers to Art. 1037. It is that of Taschereau J.A. in *Mercurie v. Vary*⁷. He said (at p. 482):

[TRANSLATION] Regarding the contention of the trustee that Art. 1040 C.C. is unconstitutional, it should be borne in mind that it was enacted not by the Quebec legislature, but before Confederation by an Act of the Parliament of United Canada (1865, 29 Vict., c. 41), when only one jurisdiction existed. Laws enacted during this period have full force and effect unless repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada, as provided by s. 129 of the *British North America Act*, which is worded as follows:

Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall

celle de 1864, le Parlement fédéral a complètement abrogé toute la législation sur la faillite en 1880 (43 Vict. c. 1). Lorsque l'on a procédé à la refonte de 1886, il n'y avait donc plus de loi sur la faillite. C'est en regard de cette situation-là que dans l'Annexe A des Statuts révisés 1886, on a mentionné avec d'autres l'art. 1037 du *Code civil* et le dernier bout de phrase de l'art. 1039, parmi les «Actes et parties d'actes abrogés à compter de la date de l'entrée en vigueur des Statuts révisés du Canada, en tant que ces actes et parties d'actes se rattachent à des matières du ressort du parlement du Canada». Après cela, dans les Statuts refondus de Québec 1888, sous le titre «des amendements au Code civil par le fédéral», on a inséré les articles suivants:

6233. L'article 1037 est abrogé par l'acte fédéral concernant les statuts révisés du Canada 49 V., c. 4, s. 5, cédule A, (C).

6234. L'article 1039 devrait se lire comme suit.

«1039. La nullité d'un contrat ou d'un paiement ne peut être demandée par un créancier postérieur en vertu de quelque disposition contenue en cette section, à moins qu'il ne soit subrogé aux droits d'un créancier antérieur.» C.C., art. 1039; 43 V., c. 1, (C), et 49 V., c. 4, s. 5, céd. A, (C).

Dans toute la jurisprudence sur l'interprétation de l'art. 1040, je n'ai trouvé qu'un seul juge qui ait fait mention de l'art. 1037. C'est M. le juge Taschereau de la Cour d'appel dans *Mercurie c. Vary*⁷. Il a dit (à la p. 482):

Concernant la prétention du syndic à l'effet que l'article 1040 C.C. serait inconstitutionnel, il y a lieu de se rappeler qu'il n'a pas été passé par la législature de Québec, mais avant la Confédération, par une loi du parlement du Canada-Uni (1865, 29 Vict., ch. 41) alors qu'il n'y avait qu'une seule juridiction. Or, les lois votées à cette époque ont pleine vigueur et effet, à moins d'avoir été révoquées, abolies ou modifiées par le parlement du Canada, tel que l'édicte l'article 129 de l'Acte de l'Amérique du Nord-Britannique qui est ainsi rédigé:

Sauf toute disposition contraire prescrite par le présent acte,—toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union,—tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle,—toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale,—et tous les officiers judi-

⁷ [1970] C.A. 480.

⁷ [1970] C.A. 480.

continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland,) to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the authority of the Parliament or of that Legislature under this Act.

Accordingly, the federal Parliament relied on this Act in repealing Art. 1237 C.C. in 1888, when the statutes were revised (Art. 6833), while leaving intact Art. 1040 C.C., dealing with the avoidance of contracts and payments made in fraud of creditors. That article is therefore constitutional, and must be implemented.

With respect, I have to point out that in that case the point was not fully considered. The Parliament of Canada definitely had no power to amend Art. 1040 C.C. The scope of that provision is limited to the remedies provided in the section which it includes. However, Parliament unquestionably had the right to repeal its own bankruptcy statute. That repeal undoubtedly made entirely useless and redundant any provisions referring to an Act which had been replaced by the *Bankruptcy Act*. Whatever may have been the effect of the repeal, its result certainly could not be that when a new *Bankruptcy Act* was introduced in 1919 (9-10 Geo. V., c. 36), Art. 1040 C.C. became applicable to the provisions of that Act concerning preferential payments, when it had never been so applicable to analogous provisions in prior bankruptcy statutes. If it could be shown that, in the case of bankruptcy, these provisions on preferential payments replace those in the *Civil Code* regarding the Paulian action, it might be logical, though not in keeping with the text, to apply the prescription period for the Paulian action thereto. However, that is not so. The special remedy provided, in the case of bankruptcy, for having preferential payments declared void, has always been legislatively distinct from the Paulian action since the first insolvency statute was adopted in 1864. There is thus no reason not to give a literal interpretation to Art. 1040 C.C.

ciales, administratifs et ministériels, en existence dans ces provinces à l'époque de l'union, continueront d'exister dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick respectivement, comme si l'union n'avait pas eu lieu; mais ils pourront, néanmoins (sauf les cas prévus par les actes du parlement de la Grande-Bretagne ou du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande), être révoqués, abolis ou modifiés par le parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du parlement ou de cette législature en vertu du présent acte.

C'est ainsi que le parlement fédéral s'est prévalu de cette loi pour abroger l'article 1037 C.C., en 1888, lors de la refonte des statuts (art. 6833), tout en laissant intact l'article 1040 C.C. et qui a trait à l'annulation des contrats et paiements faits en fraude des créanciers. Cet article est donc constitutionnel et doit recevoir son application.

Avec respect, il me faut faire observer qu'en l'occurrence, la question n'a pas été suffisamment approfondie. Le Parlement du Canada n'avait sûrement aucun pouvoir de toucher à l'art. 1040 C.c. C'est un texte qui ne vise que les recours prévus à la section qu'il clôt. D'un autre côté, il avait indubitablement le droit d'abroger sa loi sur la faillite. Cette abrogation avait sûrement rendu totalement inutiles et sans objet des dispositions qui renvoyaient à une loi que la loi sur la faillite avait remplacée. Quel qu'ait pu être l'effet de cette abrogation, elle n'a certainement pas pu avoir pour résultat que lorsqu'une nouvelle *Loi de faillite* a été décrétée en 1919 (9-10 Geo. V., c. 36), l'art. 1040 C.c. serait devenu applicable aux dispositions de cette loi-là sur les paiements préférentiels, alors qu'il ne l'avait jamais été aux dispositions analogues des lois antérieures sur la faillite. Si l'on pouvait démontrer que ces dispositions sur les paiements préférentiels remplacent, dans le cas de faillite, celles du *Code civil* touchant l'action paulienne, il pourrait être logique quoique non conforme au texte, d'y appliquer la prescription visant l'action paulienne. Mais ce n'est pas le cas. Le recours spécial donné au cas de faillite pour l'annulation des paiements préférentiels a toujours été législativement distinct de l'action paulienne, depuis l'adoption de la première loi sur la faillite en 1864. Il n'y a donc aucune raison de ne pas interpréter littéralement l'art. 1040 C.c.

There do not appear to be here circumstances comparable to those which led this Court to regard provincial precedents as decisive in *Ace Holdings Corporation v. Montreal Catholic School Commission*⁸ and *Village de la Malbaie v. Boulianne*⁹. Those decisions concerned provisions retained without significant change when a new Code was drafted. They dealt with a strictly provincial matter, not with the application of a provision of provincial law to proceedings instituted under a federal statute. Although this statute was re-enacted by Parliament after the 1948 decision, s. 37(4) of the *Interpretation Act* (1967-68, c. 7, now R.S.C. c. 1-23) prevents its being regarded as an adoption of this judicial construction. It may be noted that the Quebec *Interpretation Act* (R.S.Q. 1964, c. 1) contains no similar provision. In addition, it may be that the dissenting opinion of Locke J., coupled with that of Choquette J.A., expressed in a case in which it did not conflict with the majority view is enough to make it impossible to say that the case law has adopted a uniform approach.

I would therefore allow the appeal and dismiss the exception to dismiss submitted by respondent. This does not mean that the latter will not be entitled to rely on Art. 1040 in answer to a claim based on the goods taken back, if the trustee should contend that his petition allows him to go beyond the three months preceding the bankruptcy, and base a claim not only on the *Bankruptcy Act* but also on Arts. 1032 to 1040 C.C.

I conclude that the appeal should be allowed, the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court reversed, and the exception to dismiss made by respondent dismissed with costs in all courts.

Having read the opinion of Beetz J., I must say that I would agree with him as to the consequences of the repeal of Art. 1037, if that provision was to be regarded as incorporating into Section VI, for

⁸ [1972] S.C.R. 268.

⁹ [1932] S.C.R. 374.

Il ne me paraît pas que l'on trouve ici des circonstances analogues à celles qui ont amené cette Cour à considérer décisive la jurisprudence provinciale dans *Ace Holding Corporation c. La commission des écoles catholiques de Montréal*⁸ et *Village de la Malbaie c. Boulianne*⁹. Ces arrêts portaient sur des textes conservés sans changement notable lors de la rédaction d'un nouveau code. Ils traitaient d'une matière strictement provinciale et non de l'application d'une disposition de droit provincial à des procédures engagées en vertu d'une loi fédérale. Même si elle a été rééditée par le Parlement après l'arrêt de 1948, le par. 4 de l'art. 37 de la *Loi d'interprétation* (1967-68, c. 7, aujourd'hui S.R.C. 1970, c. 1-23) défend d'y voir une adoption de cette interprétation judiciaire. Notons que la *Loi d'interprétation* du Québec (S.R.Q. 1964, c. 1) ne comporte pas de semblable disposition. Au surplus, on peut se demander si l'opinion contraire de M. le juge Locke rejoignant celle de M. le juge Choquette, exprimée dans une affaire où elle ne contredit pas le motif retenu par la majorité, ne suffit pas à empêcher que la jurisprudence puisse être considérée comme uniformément établie.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'exception d'irrecevabilité présentée par l'intimée. Cela ne signifie pas que cette dernière n'aura pas droit d'invoquer l'art. 1040 à l'encontre de la réclamation fondée sur la reprise de marchandises, si toutefois, le syndic prétend que sa requête lui permet d'aller au-delà des trois mois précédant la faillite et de fonder une réclamation, non pas seulement sur la *Loi de la faillite* mais aussi sur les art. 1032 à 1040 C.c.

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel ainsi que le jugement de la Cour supérieure, et de rejeter avec dépens dans toutes les cours l'exception d'irrecevabilité faite par l'intimée.

Ayant pris connaissance de l'opinion de M. le juge Beetz, je dois dire que je serais d'accord avec lui sur les conséquences de l'abrogation de l'art. 1037 si l'on devait donner à ce texte l'effet d'inté-

⁸ [1972] R.C.S. 268.

⁹ [1932] R.C.S. 374.

certain purposes, some provisions of the 1864 *Act respecting Insolvency*.

BEETZ J.—I have had the considerable advantage of reading the opinion of Mr. Justice Pigeon and that of Mr. Justice de Grandpré.

At the outset Art. 1037 C.C. may not have been simply a cross-referencing provision. It may have had the effect to incorporate for certain purposes, within Section VI the “further provisions concerning the presumption of fraud and the nullity of acts done in contemplation of insolvency . . . contained in the Insolvent Act of 1864.” Art. 1037, which referred to the further provisions in the 1864 Act, was unquestionably a provision “contained in this section”, in the words of Art. 1040. As the *Act respecting Insolvency* of 1864 specified no time limit within which the remedy of a Paulian nature it provided should be exercised, it is not inconceivable that the Legislature, which then had jurisdiction over insolvency as well as over property and civil rights, and was reviewing these two areas of law at the same period, intended to make the limitation period of Art. 1040 applicable to the remedy provided by the *Act respecting Insolvency*, 1864, in preference to the limitation periods of general application. Support is lent to this hypothesis by the fact that, in their Supplementary Report, the Codifiers suggested adding to the end of the article which was to become Art. 1040 the words “saving the special provisions, relating to the insolvency of traders”, but their suggestion was not taken up by the Legislature.

At all events, by repealing all legislation on insolvency in 1880, and then, in 1886, by repealing Art. 1037 C.C. and the final words of Art. 1039 C.C., the federal Parliament terminated such an incorporation, if ever it had existed; in view of the wording of Art. 1040, such incorporation could not subsequently revive in the absence of some clear provision, which only the Parliament of Canada was authorized to enact. Neither the *Act respecting Bankruptcy* of 1919, 9-10 Geo. V., c. 36, nor its subsequent amendments, contain any provision to this effect.

grer à la Section VI, pour certaines fins, quelques dispositions de l'*Acte concernant la Faillite* de 1864.

LE JUGE BEETZ— J'ai eu l'avantage considérable de lire l'opinion de Monsieur le juge Pigeon et celle de Monsieur le juge de Grandpré.

A l'origine, l'art. 1037 C.c. n'était peut-être pas une simple disposition de concordance. Il pouvait avoir pour effet d'intégrer pour certaines fins dans le cadre de la section VI les «dispositions plus étendues sur la présomption de fraude et la nullité des actes faits en vue de la faillite . . . contenues en «l'Acte concernant la faillite, 1864». Or l'art. 1037, qui référerait aux dispositions plus étendues de l'Acte de 1864, était incontestablement «une disposition contenue dans cette section», selon la lettre de l'art. 1040. Comme l'*Acte concernant la faillite* de 1864 ne précisait pas dans quel délai l'on devait exercer le recours de nature paulienne qu'il prévoyait, il n'est pas inconcevable que la Législature, alors compétente en matière de faillite comme en matière de propriété et de droits civils et revisant ces deux domaines du droit à la même époque, ait voulu rendre le délai de l'art. 1040 applicable au recours prévu par l'*Acte concernant la faillite*, 1864 de préférence aux délais du droit commun. Cette hypothèse est renforcée du fait que, dans leur Rapport supplémentaire, les Codificateurs avaient suggéré d'ajouter à la fin de l'article qui allait devenir l'art. 1040 les mots «sauf les dispositions particulières au cas de faillite» mais que la Législature ne retint pas cette suggestion.

Quoiqu'il en soit, en abrogeant toute législation sur la faillite en 1880 et en abrogeant ensuite, en 1886, l'art. 1037 C.c. et les derniers mots de l'art. 1039 C.c., le Parlement fédéral faisait cesser une telle intégration, si toutefois elle avait existé; vu la lettre de l'art. 1040, cette intégration ne pouvait revivre par la suite à moins d'une disposition claire que seul le Parlement du Canada avait la compétence d'édicter. Or ni la *Loi concernant la faillite* de 1919, 9-10 Geo. V c. 36, ni ses modifications subséquentes ne contiennent de disposition dans ce sens.

Accordingly, I conclude that it is the limitation periods of general application, of thirty or five years as the case may be, which must be applied to the remedy provided by s. 64 of the *Bankruptcy Act*, and I would dispose of the appeal in the manner proposed by Mr. Justice Pigeon.

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—Appellant asks this Court to quash a decision of the Court of Appeal affirming a judgment of the Superior Court, bankruptcy side.

In general, the matter before the Court is the inter-relation of the articles of the *Civil Code* dealing with the Paulian action (1032 to 1040 C.C.) and the sections of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1952, c. 14 (now R.S.C. 1970, c. B-3), dealing with preferential payments made in the three months preceding the bankruptcy. In particular, appellant submits that the prescription or avoidance of Art. 1040 C.C. does not apply to the remedy conferred on the trustee by s. 64 (now s. 73 as amended) of the *Bankruptcy Act*.

The argument derives from a “motion to cancel preferential payments” made in February 1970 by appellant, in his capacity as trustee in bankruptcy of Boulevard G.M.C. (1964) Inc. The latter company was one of respondent’s distributors, and at the relevant times respondent held a claim against the debtor for a considerable sum. The motion alleges:

- an assignment of property on April 24, 1967;
- payments by cheque of a total of \$27,000 in the three months preceding the bankruptcy;
- payments in the form of automobile parts of the sum of \$93,862.74 in the months preceding the bankruptcy;
- respondent’s awareness of the debtor’s state of insolvency;

and, contending that this was a “preferential payment made to defraud other creditors of their rights”, it prays the courts to declare these payments “void and unlawful as against the creditors”, and order respondent to make repayment.

Je suis donc d’avis que ce sont les délais de prescription du droit commun, de trente ans ou de cinq ans selon le cas, qui doivent s’appliquer au recours prévu à l’art. 64 de la *Loi sur la faillite* et je trancherais le pourvoi comme le propose Monsieur le juge Pigeon.

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident*)—L’appellant nous demande de casser un arrêt de la Cour d’appel confirmant un jugement de la Cour supérieure siégeant en faillite.

En gros, la question qui nous est soumise est l’inter-relation des articles du *Code civil* touchant l’action paulienne (1032 à 1040 C.c.) et des articles de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1952, c. 14 (maintenant S.R.C. 1970, c. B-3), traitant des paiements préférentiels faits dans les trois mois précédant la faillite. Plus particulièrement, l’appellant soumet que la prescription ou déchéance de l’art. 1040 C.c. ne s’applique pas au recours accordé au syndic par l’art. 64 (maintenant l’art. 73 avec quelques modifications) de la *Loi sur la faillite*.

Le débat a sa source dans une «requête en annulation de paiements préférentiels» faite en février 1970 par l’appellant en sa qualité de syndic à la faillite de Boulevard G.M.C. (1964) Inc. Cette compagnie était une distributrice de l’intimée et celle-ci, aux dates pertinentes, détenait une créance contre la débitrice pour un montant considérable. La requête allègue:

- cession de biens du 24 avril 1967;
- paiements par chèques, dans les trois mois précédant la faillite, d’une somme totale de \$27,000;
- paiements par pièces d’automobiles, dans les mois précédant la faillite, d’une somme de \$93,862.74;
- connaissance par l’intimée de l’état d’insolvabilité de la débitrice;

et après avoir affirmé qu’il s’agit là d’un «paiement préférentiel frauduleux aux droits des autres créanciers», prie les tribunaux de déclarer ces paiements «nuls et illégaux à l’encontre des créanciers» et de condamner l’intimée à effectuer remboursement.

In reply to this motion respondent moved to dismiss on the basis of Art. 1040 C.C.; as more than a year elapsed between the time appellant was appointed and the start of his action, it was alleged that the latter should be dismissed. The Superior Court allowed this motion to dismiss and its judgment was unanimously affirmed. I quote from the short opinion of Lajoie J. the paragraph which sums up the views of the courts of Quebec:

[TRANSLATION] There is abundant authority in this Court for the proposition that the prescription period enacted by the second paragraph of Art. 1040 C.C. applies to the remedy of a trustee under s. 64 of the *Bankruptcy Act*.

There is no question that the Court of Appeal of Quebec has always held to this effect:

*Cie de Construction Charlesbourg Inc.: Lefavre et al. v. Demers*¹⁰;

*Garage Causapscal Limitée: Traders Finance Corporation Ltd. v. Lévesque et al.*¹¹;

*Grobstein v. Bank Canadian National et al.*¹²

*Bissonnette v. Bank of Nova Scotia et al.*¹³

*Rainville v. Plouffe et al.*¹⁴.

*In re Monette: Mercure v. Vary et al.*¹⁵

*Donat Delisle et Fils Limitée v. de Coster et al.*¹⁶

*Blais v. Shaw et al.*¹⁷.

The only disagreement was by Choquette J. in the aforementioned case of *Traders Finance Corporation Ltd. v. Lévesque*; the context of that decision suggests that his remarks were made *obiter*.

The Superior court has shown the same near-unanimity. As examples I refer to the following decisions:

*In re Modern Hat Manufacturing Ltd.*¹⁸. (Boyer J.);

*In re Roger Fortier*¹⁹ (Boyer J.);

¹⁰ [1948] Que. Q.B. 745.

¹¹ [1960] Que. Q.B. 264.

¹² [1963] Que. Q.B. 215.

¹³ [1964] Que. Q.B. 918.

¹⁴ [1968] Que. Q.B. 756.

¹⁵ [1970] C.A. 480.

¹⁶ [1970] C.A. 740.

¹⁷ [1971] C.A. 5.

¹⁸ (1936-37), 18 C.B.R. 101.

¹⁹ (1950-51), 31 C.B.R. 131.

A cette requête, l'intimée a opposé une exception d'irrecevabilité fondée sur l'art. 1040 C.c.; plus d'un an s'étant écoulé entre la nomination de l'appelant et le début de ses procédures, celles-ci devraient être renvoyées. La Cour supérieure a accueilli cette exception d'irrecevabilité et ce jugement a été confirmé à l'unanimité. J'emprunte à la courte opinion de M. le juge Lajoie le paragraphe qui résume la pensée des tribunaux du Québec:

Une jurisprudence constante et abondante de notre Cour tient que le délai de prescription édicté par le second alinéa de l'article 1040 C.C. s'applique au recours du syndic en vertu de l'article 64 de la Loi sur la faillite.

Il est indubitable que la Cour d'appel du Québec en a toujours décidé ainsi:

*Cie de Construction Charlesbourg Inc: Lefavre et al c. Demers*¹⁰;

*Garage Causapscal Limitée: Traders Finance Corporation Ltd. c. Lévesque et al*¹¹;

*Grobstein c. Banque Canadienne Nationale et al*¹²;

*Bissonnette c. Bank of Nova Scotia et al*¹³;

*Rainville c. Plouffe et al*¹⁴;

*In Re Monette: Mercure c. Vary et al*¹⁵;

*Donat Delisle et Fils Limitée c. de Coster et al*¹⁶;

*Blais c. Shaw et al*¹⁷.

La seule voix discordante a été celle de M. le juge Choquette dans l'arrêt *Traders Finance Corporation Ltd. c. Lévesque* précité; le contexte de cet arrêt permet de dire qu'il s'agit là d'un *obiter dictum*.

La Cour supérieure a manifesté la même quasi-unanimité. À titre d'exemples, je réfère aux décisions suivantes:

*In Re Modern Hat Manufacturing Ltd.*¹⁸ (juge Boyer);

*In Re Roger Fortier*¹⁹ (juge Boyer);

¹⁰ [1948] B.R. 745.

¹¹ [1960] B.R. 264.

¹² [1963] B.R. 215.

¹³ [1964] B.R. 918.

¹⁴ [1968] B.R. 756.

¹⁵ [1970] C.A. 480.

¹⁶ [1970] C.A. 740.

¹⁷ [1971] C.A. 5.

¹⁸ (1936-37), 18 C.B.R. 101.

¹⁹ (1950-51), 31 C.B.R. 131.

*In re Chabot, Rouleau et Frères Inc.*²⁰ (Marier J.);
*In re Gervais*²¹ (M. Archambault J.).

The consistency of these judicial authorities may not be an answer to appellant's arguments, but it requires us to use particular caution. Such unanimity compels respect, if not agreement.

This is the first time this Court has been called on to decide the point. In *Traders Finance Corporation Ltd. v. Emilien Lévesque*²², four of the five judges expressly refused to do so; only Locke J. expressed the opinion that Art. 1040 C.C. cannot be pleaded against a motion by a trustee under s. 64 of the *Bankruptcy Act*. It may be noted in passing that the problem apparently does not arise in the other provinces, as the periods of prescription in the laws of those provinces are not as short as those in the *Civil Code*.

I

The first question that arises is: Does the fact of bankruptcy limit the recourse of creditors prejudiced by a preferential payment to proceedings under the *Bankruptcy Act*, and defeat their right to reply on the provisions of the *Civil Code* regarding the Paulian action? In other words, does a partial occupation of the field of preferential payments by the *Bankruptcy Act* (partial because limited in general to payments made in the three months preceding the bankruptcy) suspend the right of the *Civil Code* to occupy the part of the field not occupied by the *Bankruptcy Act*? If the foregoing must be answered in the affirmative, it necessarily follows that Art. 1040 C.C. cannot be pleaded against appellant.

The only reference to the point by this Court is a paragraph from the reasons of Duff C.J., speaking for himself and two of his colleagues, in *In re Bozanich—The A.H. Boulton Company Limited v. The Trusts and Guarantee Company Limited*²³, at p. 136:

²⁰ [1957] R.L. 508.

²¹ [1967] S.C. 714.

²² [1961] S.C.R. 83.

²³ [1942] S.C.R. 130.

*In Re Chabot, Rouleau et Frères Inc.*²⁰ (juge Marier);
*In Re Gervais*²¹ (juge M. Archambault).

La constance de cette jurisprudence n'est peut-être pas la réponse aux prétentions de l'appelant mais elle nous oblige à une prudence particulière. Une telle unanimité emporte le respect sinon l'adhésion.

C'est la première fois que notre Cour est appelée à se prononcer sur le point. Dans l'affaire *Traders Finance Corporation Ltd. c. Emilien Lévesque*²², quatre des cinq juges ont expressément refusé de le faire, seul M. le juge Locke exprimant l'avis que l'art. 1040 C.c. ne peut pas être invoqué à l'encontre d'une requête par un syndic aux termes de l'art. 64 de la *Loi sur la faillite*. Notons en passant que le problème ne semble pas se poser dans les autres provinces, les prescriptions des autres lois provinciales n'étant pas aussi courtes que celles du *Code civil*.

I

Une première question se pose: Le fait de la faillite restreint-il le recours des créanciers lésés par un paiement préférentiel aux procédures de la *Loi sur la faillite*, leur enlevant le privilège d'invoquer les dispositions du *Code civil* touchant la poursuite paulienne? En d'autres termes, l'occupation partielle du champ des paiements préférentiels par la *Loi sur la faillite* (partielle parce que limitée en général aux paiements faits dans les trois mois précédant la faillite) suspend-elle le droit du *Code civil* d'occuper cette partie du champ non occupée par la *Loi sur la faillite*? S'il fallait répondre affirmativement à ce qui précède, il s'ensuivrait nécessairement que l'art. 1040 C.c. ne peut être opposé à l'appelant.

Le seul texte de notre Cour sur le point est un paragraphe des notes de M. le juge en chef Duff, parlant pour lui-même et pour deux de ses collègues, dans *In Re Bozanich—The A. H. Boulton Company Limited c. The Trusts and Guarantee Company Limited*²³, à la p. 136:

²⁰ [1957] R.L. 508.

²¹ [1967] C.S. 714.

²² [1961] R.C.S. 83.

²³ [1942] R.C.S. 130.

I may add that, in my opinion, the provisions of R.S.O. 1927, Chap. 162, in relation to preferences are superseded by section 64 of the *Bankruptcy Act*, and that the authority of the Ontario Legislature to enact such legislation is, in consequence of the enactment of section 64, suspended in virtue of the concluding paragraph of section 91.

The two other judges, Rinfret and Crocket J.J., did not address themselves to the point. This paragraph has been regarded by some as holding that the entire field of preferential payments is outside provincial jurisdiction, as it is partially occupied by the *Bankruptcy Act*. I see nothing in the statement to support such a broad conclusion. Even if that were the case, suffice it to say the statement is not a binding authority on this Court, since it was made *obiter*. The only question indeed to be decided was whether a settlement was at issue, within the meaning of s. 60 (now s. 69) of the *Bankruptcy Act*. Reference to s. 64 of that Act was only necessary to determine the meaning of the preceding sections. Furthermore, as may be seen from the factums of the parties recourse to the Ontario statute was only had in this Court; as the provisions of the Ontario statute could only apply, because certain time limits had expired, on evidence of "intent to defeat . . . or prejudice" creditors, and as there was no finding "as to good faith and valuable consideration", this new argument by the respondent could not be accepted; it could be dismissed merely by reference to the foregoing.

If in fact Duff C.J. intended to give a broad scope to his proposition, I am unable to agree. Constitutional theory requires that in a field such as that in question, where both legislators are entitled to be present, the federal legislator has priority only in the portion occupied by him. *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*²⁴, at p. 200:

In their Lordships' opinion these considerations must be borne in mind when interpreting the words "bankruptcy" and "insolvency" in the British North America Act. It appears to their Lordships that such provisions as are found in the enactment in question, relating as they do

²⁴ [1894] A.C. 189.

[TRADUCTION] Je puis ajouter que, à mon avis, les dispositions des R.S.O. 1927, c. 162, relativement aux préférences sont supplantées par l'article 64 de la *Loi de faillite*, et que l'autorité que possède la législature ontarienne pour édicter une telle législation est, par suite de l'adoption de l'article 64, suspendue en vertu de la disposition finale de l'article 91.

Les deux autres juges, savoir MM. les juges Rinfret et Crocket, ne se sont pas prononcés sur le point. Certains ont vu dans ce paragraphe l'affirmation que tout le champ des paiements préférentiels est en dehors du domaine provincial depuis qu'il est occupé partiellement par la *Loi sur la faillite*. Je ne vois rien dans ce texte qui justifie une conclusion aussi large. Même si tel était le cas, il suffirait de souligner qu'il ne s'agit pas là d'une autorité qui nous lie puisque nous sommes devant un *obiter*. En effet, le seul problème était de déterminer s'il s'agissait d'une disposition de biens (settlement) au sens de l'art. 60 (maintenant 69) de la *Loi sur la faillite*. La référence à l'art. 64 de cette Loi n'était nécessaire que pour déterminer le sens des articles précédents. Par ailleurs, le recours à la loi ontarienne, comme l'indiquent les factums des parties, n'avait été proposé que devant notre Cour; comme les prescriptions de cette loi ontarienne ne pouvaient s'appliquer, vu l'expiration de certains délais, que sur preuve de «intent to defeat . . . or prejudice» des créanciers et qu'il n'y avait eu aucune détermination «as to good faith and valuable consideration», il n'était pas possible d'accepter ce nouveau moyen de l'intimé; pour le rejeter, il suffisait de souligner ce qui précède.

Si vraiment M. le juge en chef Duff voulait donner un sens large à sa proposition, je ne saurais m'y rallier. La théorie constitutionnelle veut que dans un domaine comme celui qui nous occupe, où les deux législateurs ont le droit d'être présents, la prééminence du législateur fédéral ne vaut que pour le secteur qu'il a occupé. *Attorney General of Ontario c. Attorney General of Canada*²⁴, à la p. 200:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment qu'il faut tenir compte de ces considérations en interprétant les mots «faillite» et «insolvabilité» dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Il apparaît à leurs Seigneuries que les dispositions contenues dans la législation en

²⁴ [1894] A.C. 189.

to assignments purely voluntary, do not infringe on the exclusive legislative power conferred upon the Dominion Parliament. They would observe that a system of bankruptcy legislation may frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated. It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the provincial legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the provincial legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament. But it does not follow that such subjects, as might properly be treated as ancillary to such a law and therefore within the powers of the Dominion Parliament, are excluded from the legislative authority of the provincial legislature when there is no bankruptcy or insolvency legislation of the Dominion Parliament in existence.

In my view, the *Bankruptcy Act* overrides the Paulian action only to the limited extent that it deals with acts in defraud of the debtor; all aspects of fraudulent action falling outside the provisions of the *Bankruptcy Act* may be considered in the light of the principles of the *Civil Code*.

In my view this is also the way we should read the judgment of Mignault J. in *Canadian Credit Men's Trust Association Ltd. v. Hoffar Limited*²⁵, when, sitting in chambers, he denied the leave to appeal requested. Before citing that judgment reference may be made to the finding and the principal passages of the judgment of the Court of Appeal of British Columbia which this Court was asked to consider. The extracts which follow are taken from [1929] 1 W.W.R. 557. First, the finding:

Sec. 3 (quoted *infra*) of the *Fraudulent Preferences Act*, R.S.B.C., 1924, ch. 97, is repugnant to sec. 64 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1927, ch. 11, and is rendered inoperative thereby.

While the *Bankruptcy Act* does not abrogate a provincial Act merely because the latter deals with preferential

question, qui se rattachent aux cessions faites uniquement de plein gré, n'empiètent pas sur la compétence exclusive de légiférer conférée au Parlement du Dominion. Elles feraient remarquer qu'une législation sur la faillite peut fréquemment exiger diverses dispositions accessoires destinées à empêcher que l'intention de la loi ne soit frustrée. Il peut être nécessaire, à cette fin, de s'occuper de l'effet des saisies et autres questions qui, autrement, seraient de la compétence législative de la législature provinciale. Leurs Seigneuries ne doutent aucunement qu'il serait loisible au Parlement du Dominion de régler ces questions comme faisant partie d'une loi de faillite et la législature provinciale serait sans doute empêchée d'intervenir, dans la mesure où son intervention porterait atteinte à la législation de faillite adoptée par le Parlement du Dominion. Mais il ne s'ensuit pas que les sujets de nature à être considérés à juste titre comme étant accessoires à une telle loi et, par conséquent, dans les attributions du Parlement du Dominion, soient exclus de l'autorité législative de la législature provinciale en l'absence d'une législation du Parlement du Dominion sur la faillite ou l'insolvabilité.

A mon avis, la *Loi sur la faillite* n'écarte le recours paulien que dans la mesure étroite où elle se prononce sur les gestes frauduleux du débiteur; toute cette partie des gestes frauduleux qui échappe aux prescriptions de la *Loi sur la faillite* peut être examinée à la lumière des principes du *Code civil*.

C'est d'ailleurs, me semble-t-il, la lecture que l'on peut faire du jugement de M. le juge Mignault dans l'affaire *Canadian Credit Men's Trust Association, Ltd. c. Hoffar Limited*²⁵, alors que siégeant dans son cabinet, il a refusé la permission d'appeler qui lui était demandée. Avant de le citer, il est bon de rappeler le jugé et les principaux passages du jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que l'on voulait soumettre à l'examen de notre Cour. Les extraits qui suivent sont tirés de [1929] 1 W.W.R. 557. D'abord le jugé:

[TRADUCTION] L'art. 3 (cité *infra*) du *Fraudulent Preferences Act*, R.S.B.C., 1924, c. 97, est incompatible avec l'art. 64 de la *Loi de faillite*, S.R.C., 1927, c. 11, et se trouve par là inopérant.

Bien que la *Loi de faillite* n'abroge pas une loi provinciale simplement parce que cette dernière traite des

²⁵ [1929] S.C.R. 180.

²⁵ [1929] R.C.S. 180.

transactions, yet with respect to such transactions a provincial statute cannot be enforced if it provides that a certain result shall follow from circumstances which under the Dominion statute are followed by a different result.

Then, Macdonald C.J., at p. 558:

The only question involved in this appeal is one of conflict between a provincial and a Dominion statute.

The facts are not in dispute. The neat question is as to whether or not sec. 64 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1927, ch. 11, is repugnant to sec. 3 of the *Fraudulent Preferences Act*, R.S.B.C., 1924, ch. 97. The learned Judge held that it was not.

No question of the validity of either statute was raised in argument.

For many years there was no Bankruptcy Act in Canada, and during that period of time this and other provinces enacted legislation *pari materia* with 13 Eliz., and 27 Eliz., with some amendments. After the enactment of the *Bankruptcy Act* the provincial *Fraudulent Preferences Act* was retained on the statute book. It professes to deal with preferences given by a debtor to one creditor to the prejudice of others. Shortly, sec. 3 renders void an assignment such as the one attacked in this action, if attacked within a specified time, which this one was.

Sec. 64 of the *Bankruptcy Act* makes preferential assignments and transfers made *with a view* to prefer one creditor over another void under conditions admitted to exist here, but subsec. (2) of sec. 64 declares that such assignments which "have the effect" of giving such preference "shall be presumed *prima facie*" to have been made with a view to giving such preference. The distinction between the two sections is found in this, that the presumption of the invalidity under sec. 3 is irrebuttable, while under sec. 64, subsec. (2), it may be rebutted. In this case the Judge has found as a fact that that presumption had been rebutted and the finding is accepted by both parties.

Assuming then that the provincial Act is *intra vires*, sec. 3 has, in my opinion, been rendered inoperative by the overriding enactment of sec. 64. It would, I think, be difficult to find a clearer case of repugnancy. I would allow the appeal.

Reference may now be made to Mignault J., at p. 184:

opérations préférentielles, il n'en reste pas moins qu'à l'égard de telles opérations une loi provinciale ne peut être appliquée si elle prévoit qu'un certain résultat doit s'ensuivre de circonstances particulières qui en vertu de la loi fédérale entraînent un résultat différent.

Puis, M. le juge en chef Macdonald, à la p. 558:

[TRADUCTION] La seule question que comporte l'appel en est une de conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale.

Les faits ne sont pas contestés. La seule question est de savoir si oui ou non l'art. 64 de la *Loi de faillite*, S.R.C., 1927, c. 11, est incompatible avec l'art. 3 du *Fraudulent Preferences Act*, R.S.B.C., 1924, c. 97. Le savant juge a statué qu'il ne l'était pas.

La validité de l'une ou l'autre loi n'a pas été mise en doute durant les plaidoiries.

Pendant plusieurs années il n'y a pas eu de loi de faillite au Canada, et durant cette période notre province ainsi que d'autres ont édicté des lois *pari materia* avec les lois 13 Eliz., et 27 Eliz., avec quelques modifications. Après l'adoption de la *Loi de faillite* le *Fraudulent Preferences Act* a été maintenu dans les recueils des lois. Il dit traiter de préférences accordées par un débiteur à un créancier au préjudice des autres. En bref, l'art. 3 rend nulle une cession telle que celle qui est attaquée dans l'action en l'instance, à condition qu'elle soit attaquée en-dedans d'un délai spécifié, ce qui a été le cas pour celle qui nous concerne.

L'art. 64 de la *Loi de faillite* rend les cessions et transferts préférentiels faits *dans le but* de donner à un créancier une préférence sur un autre nuls sous des conditions reconnues comme présentes ici, mais le par. (2) de l'art. 64 déclare que les cessions qui «ont pour effet» de donner une telle préférence sont «tenues *prima facie*» pour avoir été faites dans le but de donner une telle préférence. La distinction entre les deux articles est donc que la présomption de nullité sous le régime de l'art. 3 est irréfutable, alors que sous le régime de l'art. 64, par. (2), elle est réfutable. En la présente affaire le juge a conclu comme étant un fait que la présomption avait été repoussée et la conclusion est acceptée par les deux parties.

Supposant donc que la loi provinciale est *intra vires*, l'art. 3, à mon avis, a été rendu inopérant par l'adoption de l'art. 64, qui l'emporte. Il serait, je crois, difficile de trouver un cas plus clair d'incompatibilité. Je suis d'avis d'accueillir l'appel.

Il faut maintenant citer M. le juge Mignault, à la p. 184:

The difference between the two statutory enactments, both of which deal with fraudulent preferences, is that subsection 2 of section 64 of the *Bankruptcy Act*, when the transfer, made within three months of the assignment in bankruptcy, has the effect of giving any creditor a preference over other creditors, creates merely a *prima facie* presumption that the transfer was made with a view to give the creditor such a preference; whereas section 3 of the provincial statute renders the transfer, having the effect to give a creditor preference over other creditors, utterly void as against the assignee or any creditor authorized to take proceedings when it was made within sixty days before an assignment by the debtor for the benefit of his creditors. Under the former statute the presumption of a fraudulent intent can be rebutted, under the latter it cannot.

The learned trial judge, upon consideration of section 64 of the *Bankruptcy Act*, found that the presumption of a fraudulent intent had been successfully rebutted, but he annulled the transfer under section 3 of the provincial statute, which he held established an irrebuttable presumption of fraudulent intent from the mere fact that the transfer, made less than sixty days before the assignment in bankruptcy, had the effect of giving the creditor a preference over the other creditors.

The Court of Appeal, [1929] 1 W.W.R. 557, set aside this judgment for the reason that there was here a clear conflict between Dominion and Provincial legislation, and that the Dominion enactment should prevail. Inasmuch, therefore, as the fraudulent intent had been rebutted, the court held that the transfer could not be attacked.

The petitioner now seeks leave to appeal from this judgment. In my opinion, the decision of the Court of Appeal is clearly right.

In my opinion, federal and provincial legislation may exist side by side in the field of preferential payments, the latter yielding to the former only within the narrow limits I have indicated.

II

The second question is: In view of the silence of the *Bankruptcy Act* on prescription of the trustee's remedies, can such remedies be made subject to prescription under the *Civil Code*, whether for thirty years, five years or one year? In this Court appellant put forward the proposition that the

[TRADUCTION] La différence entre les deux textes législatifs, qui tous deux traitent de préférences frauduleuses, c'est que le paragraphe 2 de l'article 64 de la *Loi de faillite*, lorsque le transfert, fait dans les trois mois de la cession de faillite, a pour effet de donner à un créancier une préférence sur d'autres créanciers, crée simplement une présomption *prima facie* que le transfert a été fait dans le but de donner au créancier une telle préférence; tandis que l'article 3 de la loi provinciale rend le transfert, dont l'effet est de donner à un créancier une préférence sur d'autres créanciers, radicalement nul à l'encontre du cessionnaire ou de tout créancier autorisé à intenter des procédures lorsqu'il a été fait dans les soixante jours qui ont précédé une cession faite par le débiteur au profit de ses créanciers. Sous le régime du premier texte la présomption d'intention frauduleuse peut être repoussée, sous le régime du deuxième elle ne peut pas l'être.

Le savant juge de première instance, après avoir considéré l'article 64 de la *Loi de faillite*, a conclu que la présomption d'intention frauduleuse avait été repoussée, mais il a annulé le transfert en vertu de l'article 3 de la loi provinciale, statuant que celui-ci établissait une présomption irréfragable d'intention frauduleuse dès lors que le transfert, fait moins de soixante jours avant la cession de faillite, avait eu pour effet de donner au créancier une préférence sur les autres créanciers.

Le Cour d'appel, [1929] 1 W.W.R. 557, a infirmé ce jugement pour le motif qu'il y avait ici un net conflit entre la législation du Dominion et la législation provinciale, et que le texte législatif du Dominion devait prévaloir. Dans la mesure où, par conséquent, l'intention frauduleuse avait été réfutée, la Cour a statué que le transfert ne pouvait pas être attaqué.

La requérante demande maintenant l'autorisation d'en appeler de cet arrêt. A mon avis, la décision de la Cour d'appel est nettement bien fondée.

A mon avis, la législation fédérale et la législation provinciale en matière de paiements préférentiels peuvent co-exister, la seconde ne cédant le pas à la première que dans les limites étroites que j'ai indiquées.

II

Deuxième question: Devant le silence de la *Loi sur la faillite* quant à la prescription des recours du syndic, est-il possible de soumettre ces recours à la prescription du *Code civil*, qu'elle soit trentenaire, quinquennale ou annale? Devant nous, l'appelant a soumis la proposition que le *Code civil*

Civil Code has a role to play, and he suggested applying the thirty-year prescription, but at the same time he referred the Court to the following extract from the reasons of Locke J. in *Lévesque*, cited above, at p. 90:

If it were otherwise and art. 1040 on its face applied to the cause of action referred to in s. 64 of the *Bankruptcy Act*, when asserted either by the trustee or under s. 16 by a creditor claiming by virtue of an assignment, it would be necessary to consider whether the article was *intra vires* the Legislature of Quebec. The right of action is one given by a Dominion statute and the right of the trustee and his assignee to resort to the courts is a substantive right. Article 1040, if it applied, would deprive those entitled to assert that right after a defined period. It would be necessary to consider then the effect of the decision of this Court in *Attorney General of Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co. Ltd.* [1941] S.C.R. 87. There, a statute of the Province of Alberta which deprived the holder of a promissory note of his right of access to the court without permission of the Debt Adjustment Board, constituted under the *Debt Adjustment Act, 1937, of Alberta*, was held to be *ultra vires*. This aspect of the matter was not raised before the courts of Quebec nor argued before us and I accordingly do no more than draw attention to the fact that, in my opinion, that question would arise if art. 1040 applied to the facts of this case.

Whatever the length of the prescription, its effect is to void the remedy after a given period. This, then, is the question before the Court.

With respect, I cannot share the first reaction of Locke J. that no provincial statute concerning prescription can be pleaded against a claimant on whom a right of action is conferred by a federal statute, when the latter contains no provision regulating this subject-matter. Accordingly, the right of action conferred by the *Bills of Exchange Act* (then R.S.C. 1906, c. 119, now R.S.C. 1970, c. B-5) was held subject to the five-year prescription of the *Civil Code* in *Dame O. Catellier v. Dame A. Bélanger*²⁶. That decision indicates the path to be taken where, as here, the provincial legislation dates from before Confederation.

²⁶ [1924] S.C.R. 436.

joue un rôle et il a suggéré d'appliquer la prescription trentenaire, mais en même temps il nous a référés à l'extrait suivant des notes de M. le juge Locke dans l'affaire *Lévesque* précitée, à la p. 90:

[TRADUCTION] S'il en était autrement et que l'art. 1040 s'appliquât *ex facie* à la cause d'action mentionnée à l'art. 64 de la *Loi sur la faillite*, lorsque alléguée soit par le syndic soit, en vertu de l'art. 16, par un créancier réclamant en vertu d'une cession, il serait nécessaire de considérer la question de savoir si l'article est *intra vires* de la législature du Québec. Le droit d'action est un droit d'action octroyé par une loi fédérale et le droit que possèdent le syndic et son cessionnaire de s'adresser aux tribunaux touche le fond du litige. L'article 1040, s'il s'appliquait, aurait pour effet de frustrer ceux qui ont le droit de faire valoir ce droit après une période déterminée. Il serait nécessaire de considérer alors l'effet de la décision de cette Cour dans *Procureur général de l'Alberta et Winstanley c. Atlas Lumber Co. Ltd.*, [1941] R. C. S. 87. Dans cette décision-là on a statué qu'était *ultra vires* une loi de la province d'Alberta qui privait le détenteur d'un billet de son droit de s'adresser au tribunal des dettes, constitué en vertu du *Debt Adjustment Act, 1937* de l'Alberta. Cet aspect de l'affaire n'a pas été soulevé devant les tribunaux du Québec et n'a pas été non plus débattu devant nous et je me borne par conséquent à dire que, à mon avis, cette question se poserait si l'art. 1040 s'appliquait aux faits de l'espèce présente.

Quelle que soit la durée de la prescription, son effet est d'anéantir le recours après une période déterminée. La question est donc posée.

Avec respect, je ne puis partager la réaction première de M. le juge Locke qu'aucune loi provinciale touchant la prescription n'est opposable à un réclamant doté d'un droit d'action par une loi fédérale lorsque cette dernière ne contient aucune disposition réglant la matière. C'est ainsi que le droit d'action accordé par la *Loi des lettres de change* (alors S. R. C. 1906, c. 119, maintenant S. R. C. 1970, c. B-5) a été soumis à la prescription quinquennale du *Code civil* dans l'arrêt *Dame O. Catellier c. Dame A. Bélanger*²⁶. Cet arrêt nous indique la voie à suivre lorsque, comme en l'espèce, le texte législatif provincial porte une date antérieure à la Confédération.

²⁶ [1924] R.C.S. 436.

III

A *Civil Code* prescription period may thus be pleaded against the trustee; the question is which period, that of 1040 C.C. or that of the title "Of prescription"? It is this which we must now consider. To aid us in resolving it appellant submits, first, that there is a very clear distinction between the remedy provided by the *Bankruptcy Act* and the Paulian action. He summarizes his argument in the following paragraph from his factum:

[TRANSLATION] The articles of the *Civil Code* list certain rules designed to protect and safeguard the debtor's inheritance, which serves as a common surety for creditors; however, the specific purpose of the *Bankruptcy Act* is to ensure that the property of an insolvent debtor is distributed between creditors, which in certain cases requires securing cancellation of preferential payments in order to reconstitute the mass for distribution.

I readily concede that such differences exist; however, those differences do not affect the very nature of the remedy: on the contrary. This was the view of the Court of Appeal of British Columbia in *Hoffar (supra)* concerning the situation in that province; the reasons of M. A. Macdonald J., at p. 561 of [1929] 1 W.W.R., are especially relevant. Comparison of the *Bankruptcy Act* and the *Civil Code* leads to the same conclusion. Furthermore, it is precisely because in substance the two remedies are identical that *pro tanto* the provincial legislation is suspended by the federal. We must refer at this point to the observations of Duff C. J. in *Bozanich (supra)*, at p. 135:

I pass now to section 64 which deals with transactions between an insolvent person and his creditor. The history of the law relating to such transactions is familiar. At common law there is nothing to prevent a debtor preferring one creditor to another. The Statute, 13 Elizabeth, Chap. 5, did not prohibit such transactions. This common law privilege is obviously opposed to the fundamental principle of bankruptcy law—the equitable distribution of assets among all entitled to share; and the law of fraudulent preference was originally developed by the courts on the basis of the principles of the Bankruptcy Acts. The principle of section 64 was first formulated

III

Une prescription du *Code civil* est donc opposable au syndic; laquelle, celle de 1040 C. c. ou celle du titre «de la prescription»? C'est la question qu'il nous reste à examiner. Pour nous aider à la résoudre, l'appelant nous soumet d'abord qu'il y a une distinction bien nette entre le recours de la *Loi sur la faillite* et le recours paulien. Sa pensée, il la résume dans le paragraphe suivant de son factum:

Les articles du Code civil énumèrent certains principes visant à protéger et à sauvegarder le patrimoine du débiteur, patrimoine qui sert de gage commun des créanciers; la Loi sur la faillite, par ailleurs, a pour objet précis d'assurer entre les créanciers la distribution des biens d'un débiteur insolvable, ce qui implique dans certains cas la nécessité de demander l'annulation de paiements préférentiels pour reconstituer la masse partageable.

Que des différences existent, j'en conviens volontiers; ces différences, toutefois, ne vont pas à la nature même des recours, au contraire. C'est ce que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a souligné dans l'affaire *Hoffar (supra)* quant à la situation dans cette province; les notes de M. le juge M. A. Macdonald, à la p. 561 de [1929] 1 W. W. R., sont particulièrement pertinentes. La comparaison de la *Loi sur la faillite* et du *Code civil* amène à la même conclusion. Par ailleurs, c'est précisément parce que dans leur fond, les deux recours sont identiques que *pro tanto* la législation provinciale est suspendue par la législation fédérale. Il importe de citer ici ce que disait M. le juge en chef Duff dans l'arrêt *Bozanich (supra)*, à la p. 135:

[TRANSLATION] Je passe maintenant à l'article 64 qui traite des opérations entre une personne insolvable et son créancier. L'histoire du droit relativement à ces opérations est bien connue. En *Common Law* il n'y a rien qui empêche un débiteur d'accorder une préférence à un créancier par rapport à un autre. La loi, soit le c. 5 des statuts 13 Élisabeth, n'a pas prohibé de telles opérations. Ce privilège de *Common Law* est évidemment opposé au principe fondamental du droit de la faillite — la distribution équitable des biens parmi tous ceux qui ont droit de partager; et le droit relatif aux préférences frauduleuses a été à l'origine mis au point par les

by statute in section 92 of the *Bankruptcy Act* of 1869. In Canada in most of the provinces there were, prior to the *Bankruptcy Act*, statutory enactments making voidable transfers of property by an insolvent made with the intention of giving a particular creditor an "unjust preference".

Though this extract does not refer to the *Civil Code*, and in form is limited to English law, I feel its substance applies to the case at bar.

Even in the observations of Locke J. in *Lévesque (supra)* I find a confirmation of this identity, though his decision appears to negate it. Speaking of s. 64 he says, at p. 89:

The right of action conferred by the section is to obtain a declaration that the conveyance is null and void and to recover the property conveyed, and that right is given alone to the trustee.

Moreover, discussing the provincial statutes, in particular the *Civil Code*, he states at p. 90:

All of these statutes deal with the rights of creditors to set aside conveyances made by persons in insolvent circumstances, which have the effect of giving a creditor a preference over the others and all of them provide that, in the event of action being brought within a certain period of the date of the conveyance, it is to be held null and void.

It is true that Locke J. goes on to state that the remedies are different, but in my view this distinction between the remedies does not necessarily imply a difference in the substance of the action.

It must be borne in mind that, according to the decision of this Court in *Siméon Lamothe v. Adolphe Daveluy*²⁷, the Paulian action is not simply for the benefit of the creditor who starts proceedings, it is for the benefit of all concerned. Sir Charles Fitzpatrick C.J., speaking for the Court, says at p. 81:

²⁷ (1908), 41 S.C.R. 80.

tribunaux en prenant pour base les principes des Lois de faillite. Le principe de l'article 64 a été formulé législativement pour la première fois à l'article 92 de l'*Acte concernant la faillite*, de 1869. Au Canada il y avait dans la plupart des provinces, avant l'*Acte concernant la faillite*, des textes législatifs qui rendaient annulables des transferts de biens faits par un insolvable avec l'intention de donner à un créancier particulier une [TRADUCTION] «préférence injuste».

Bien que cette citation ne réfère pas au *Code civil* et que dans sa forme elle soit limitée au droit anglais, sa substance me paraît applicable à la présente espèce.

Même dans les paroles de M. le juge Locke dans l'arrêt *Lévesque (supra)*, je vois une confirmation de cette identité bien que son jugement semble la nier. Parlant de l'art. 64, il affirme, à la p. 89:

[TRADUCTION] Le droit d'action conféré par l'article est le droit d'obtenir une déclaration que la transmission est nulle et de recouvrer les biens transmis, et ce droit est donné seulement au syndic.

Par ailleurs, parlant des statuts provinciaux et en particulier du *Code civil*, il affirme, à la p. 90:

[TRADUCTION] Tous ces statuts traitent des droits des créanciers d'écarter des transmissions qui sont faites par des personnes se trouvant dans une situation d'insolvabilité, et qui ont pour effet de donner à un créancier une préférence sur les autres, et tous prévoient que, lorsqu'une action est intentée en dedans d'un certain délai à compter de la date de la transmission, celle-ci doit être déclarée nulle.

Il est vrai que M. le juge Locke continue en affirmant que les remèdes sont différents mais il me semble que cette distinction entre les remèdes n'a pas pour corollaire une différence dans la substance des recours.

Il ne faut pas oublier que suivant la décision de cette Cour dans *Siméon Lamothe c. Adolphe Daveluy*²⁷, le recours paulien n'est pas pour le seul bénéfice du créancier qui entame des procédures mais bien pour le bénéfice de tous. Parlant pour la Cour, voici ce que disait le juge en chef, Sir Charles Fitzpatrick, à la p. 81:

²⁷ (1908), 41 R.C.S. 80.

It is quite true that the plaintiff in such an action brought under the Quebec Code represents not only himself, but all the other creditors of the fraudulent debtor prejudicially affected by the sale (art. 1036 C.C.).

And subsequently, at p. 83, the learned Chief Justice reiterates:

The Quebec Code differs from the French Code in this respect; by art. 1036 the defendant creditor is compelled to restore the thing received or the value thereof for the benefit of the creditors of the insolvent debtor according to their respective rights, and not exclusively as in France, for the benefit of the plaintiff in the action.

It is a fact that sixteen years earlier, in *John Ira Flatt et al. v. F. F. Ferland et al.*²⁸, the Court, without giving reasons, appears to have arrived at a different conclusion. It is also true that in *Alfred Fortier v. Wilfrid Poulin and Ovila Poulin*²⁹, this Court declined to admit jurisdiction on the ground that the amount at issue in the action instituted by the Paulian plaintiff was not sufficient in itself. On that occasion Rand J., speaking for the Court, said at p. 182:

It is a settled rule that in these circumstances the benefit of a judgment recovered in an *action paulienne* enures solely to the creditor who is a party to it: Dalloz J.G. (1925) R.P. prem. partie, p. 223, notes 1, 2 and 3. On the other hand, treating the two conveyances as constituting a transfer from the husband to the wife and therefore void, the interest of the appellant is obviously limited to the judgment which he seeks to realize.

With respect, I feel the latter solution is not correct; I feel we must return to the rule laid down in *Lamothe v. Daveluy*. The *Fortier* decision rests on the authority of French jurists, in an area governed by rules which are peculiarly our own. In my opinion, the correct rule is to be found in the 1908 *Lamothe* decision.

This substantive identity emerges clearly if we look again at the relevant parts of s. 64, and then of Art. 1036 C.C.:

²⁸ (1892), 21 S.C.R. 32.

²⁹ [1955] S.C.R. 181.

[TRANSDUCTION] Il est très vrai que le demandeur dans une telle action intentée sous le régime du Code québécois représente non seulement lui-même mais tous les autres créanciers du débiteur frauduleux qui ont été défavorablement atteints par la vente (art. 1036 C.C.).

Et plus loin, à la p. 83, M. le juge en chef réaffirmait:

[TRANSDUCTION] Le Code québécois diffère du code français à cet égard; par l'art. 1036 le défendeur créancier est contraint de remettre la chose reçue, ou sa valeur, pour le bénéfice des créanciers du débiteur insolvable suivant leurs droits respectifs, et non pas exclusivement, comme c'est le cas en France, pour le bénéfice du demandeur qui a intenté l'action.

Il est vrai que seize ans plus tôt dans l'affaire *John Ira Flatt, et al c. F. F. Ferland, et al.*²⁸ la Cour, sans donner de raison, semblait en être arrivée à une conclusion différente. Il est vrai aussi que dans *Alfred Fortier c. Wilfrid Poulin et Ovila Poulin*²⁹ notre Cour a refusé de reconnaître sa juridiction pour la raison que le montant en jeu dans les procédures du demandeur paulien n'était pas suffisant par lui-même. Par la voix de M. le juge Rand, la Cour a alors affirmé, à la p. 182:

[TRANSDUCTION] C'est une règle établie que dans ces circonstances le jugement faisant droit à une action paulienne est pour le seul bénéficiaire du créancier qui est partie à cette action: Dalloz J. G. (1925) R. P. prem. partie, p. 223, notes 1, 2 et 3. D'un autre côté, traitant les deux transmissions comme constituant un transfert du mari à l'épouse et donc nulles, l'intérêt de l'appelant est de toute évidence limité au jugement qu'il cherche à réaliser.

Avec respect, je crois que cette dernière solution n'est pas la bonne mais qu'il faut en revenir au principe exprimé dans l'arrêt *Lamothe c. Daveluy*. L'arrêt *Fortier* s'appuie sur l'autorité d'auteurs français dans une matière qui est régie par des règles qui nous sont particulières. La vraie doctrine me semble se retrouver dans l'arrêt *Lamothe* de 1908.

Cette identité de nature apparaît clairement si l'on relit à la suite les mots pertinents de l'art. 64, ainsi que l'art. 1036 C. c.

²⁸ (1892), 21 R.C.S. 32.

²⁹ [1955] R.C.S. 181.

64. (1) ... every payment made ... by any insolvent person in favour of any creditor ... with a view to giving such creditor a preference over the other creditors shall ... be deemed fraudulent and void as against the trustee in the bankruptcy.

I omit the parts which, while describing the remedy, do not change its nature.

Art. 1036. Every payment by an insolvent debtor to a creditor knowing his insolvency, is deemed to be made with intent to defraud, and the creditor may be compelled to restore the amount or thing received or the value thereof, for the benefit of the creditors according to their respective rights.

Even the form of the February 1970 motion confirms this identity. Apart from the statement that it is made on the basis of the *Bankruptcy Act*, and that the payments were made within three months of the bankruptcy, it could be used without changing a single word to apply for the remedy provided by Section VI of Chapter I of the title "Of Obligations" of the *Civil Code*.

I am therefore unable to accept the argument of appellant regarding the substantive difference between the *Civil Code* remedy and that of the *Bankruptcy Act*. Appellant also maintains, however, that the actual wording of Art. 1040 C.C. is a bar to its application here, since it is limited to the avoidance of contracts "by reason of anything contained in this section". This was what Locke J. noted in *Lévesque*, at p. 90:

The limitation in art. 1040 is that no payment can be avoided "by reason of anything contained in this section" and it is not by reason of anything contained in section 6, being art. 1032 to 1036 and 1038 to 1040 both inclusive, that the respondent sought to recover and did recover. The article, therefore, in my opinion does not affect the matter.

Is this in fact a limitation? If the two remedies are the same in substance, and if also a *Civil Code* prescription or avoidance must be applied to the remedy provided by the *Bankruptcy Act* (two points which I think may be assumed), what better prescription to apply to the case at bar than that of 1040 C.C.? In this closely defined area of the preferential payment made by an insolvent debtor, the *Civil Code* makes only one reference to the

64. (1) Est tenue pour frauduleuse et nulle à l'encontre du syndic dans la faillite, .., tout paiement fait .. par une personne insolvable en faveur de quelque créancier .. en vue de procurer à ce créancier une préférence sur les autres créanciers ..

Je laisse de côté les mots qui, tout en qualifiant ce recours, n'en changent pas la nature.

Art. 1036. Tout paiement fait par un débiteur insolvable à un créancier qui connaît cette insolvabilité est réputé fait avec l'intention de frauder, et le créancier peut être contraint de remettre le montant ou la chose reçue, ou sa valeur, pour le bénéfice des créanciers suivant leurs droits respectifs.

La forme même de la requête de février 1970 confirme cette identité. Si ce n'était de l'affirmation qu'elle est faite en s'appuyant sur la *Loi sur la faillite* et qu'il s'agit de paiements dans les trois mois de la faillite, elle pourrait sans y changer un seul mot être le moyen de mettre devant les tribunaux le recours de la section VI du c. 1 du titre «des obligations» du *Code civil*.

Il m'est donc impossible d'accepter la prétention de l'appellant quant à la différence de nature entre le recours du *Code civil* et celui de la *Loi sur la faillite*. L'appellant ajoute toutefois que le texte même de l'art. 1040 C.c. nous empêche de l'appliquer ici puisqu'il est limité aux déclarations de nullité «en vertu de quelqu'une des dispositions contenues dans cette section». C'est ce que M. le juge Locke a affirmé dans l'arrêt *Lévesque*, à la p. 90:

[TRADUCTION] La prescription de l'art. 1040 est qu'aucun paiement ne peut être déclaré nul «en vertu de quelqu'une des dispositions contenues en cette section»; or ce n'est pas en vertu de quelqu'une des dispositions contenues dans la section 6, soit les art. 1032 à 1036 incl. et 1038 à 1040 incl., que l'intimé a poursuivi et triomphé. Par conséquent l'article, à mon avis, n'a aucun effet sur la question.

Cette limite en est-elle vraiment une? Si les deux recours ont la même nature et si par ailleurs une prescription ou déchéance du *Code civil* doit être appliquée au recours édicté par la *Loi sur la faillite* (deux points qui à mes yeux sont acquis), quelle meilleure prescription appliquer au présent cas que celle de 1040 C.c.? Dans ce domaine étroit du paiement préférentiel fait par un insolvable, le *Code civil* ne s'est prononcé qu'une seule fois sur la

length of time available to the creditor for instituting proceedings in avoidance, and this is the appropriate place to look for the relevant provision as to time.

It may be assumed that this was the course taken by the Parliament of the province of Canada at the time of passage of the *Act respecting the Civil Code of Lower Canada* in 1865 (29 Vict., c. 41). It accepted the recommendation of the codifying commissioners to create new law by adding to the end of the chapter on the Paulian action what is now Art. 1040 of the *Civil Code*, which may be cited at this point.

Art. 1040. No contract or payment can be avoided by reason of anything contained in this section, at the suit of any individual creditor, unless such suit is brought within one year from the time of his obtaining a knowledge thereof.

If the suit be by assignees or other representatives of the creditors collectively, it must be brought within a year from the time of their appointment.

It may be noted at once that

- when the commissioners made their recommendation in 1861, it is reasonable to assume that they were aware of 7 Vict., c. 10, which, in reference to bankruptcy, had enacted for a period of just over two years provisions concerning preferential payments, giving certain rights to the *syndic* (in English the “assignee”); it is not necessary here to consider the effect of 24 Vict., c. 5, s. 2, which provided for “continuing” for certain purposes 7 Vict., c. 10 and some others referred to by the section;
- when the Parliament of the province of Canada passed the *Civil Code* in 1865, it had before it its own law on bankruptcy, passed in 1864 (27-28 Vict., c. 17), which contained provisions relating to the *syndic* (in English the “assignee”) and to preferential payments, but no provision concerning the prescription of remedies.

This is the background against which we must re-read Art. 1040 and the preceding articles, noting that

longueur du délai appartenant au créancier pour entamer des procédures en nullité et c'est là le meilleur endroit pour trouver le délai pertinent.

Il est permis de croire que cette démarche a été celle du Parlement de la province du Canada lorsque fut adopté l'*Acte concernant le Code civil du Bas-Canada* en 1865 (29 Vict., c. 41). Y fut acceptée la recommandation des commissaires codificateurs de créer du droit nouveau en ajoutant à la fin du chapitre traitant du recours paulien ce qui est devenu l'art. 1040 du *Code civil*, article qu'il est opportun de citer ici.

Art. 1040. Aucun contrat ou paiement ne peut être déclaré nul, en vertu de quelque une des dispositions contenues en cette section, à la poursuite d'un créancier individuellement, à moins que telle poursuite ne soit commencée avant l'expiration d'un an à compter du jour qu'il en a eu connaissance.

Si la poursuite est faite par des syndics ou autres représentants des créanciers collectivement, elle devra être commencée dans l'année à compter du jour de leur nomination.

Notons immédiatement

- lorsque les commissaires firent leur recommandation en 1861, ils avaient, il est raisonnable de le croire, pris connaissance de la Loi 7 Vict., c. 10, qui, traitant de la banqueroute, avait édicté pour une période d'un peu plus de deux ans des dispositions relatives aux paiements préférentiels accordant certains droits au syndic (en anglais “assignee”); il n'est pas nécessaire ici d'étudier l'effet de 24 Vict., c. 5, art. 2, qui affirme «continuer» pour certaines fins la Loi 7 Vict., c. 10 et quelques autres mentionnées dans l'article;
- lorsque le Parlement de la province du Canada a adopté le *Code civil* en 1865, il avait devant lui sa propre loi concernant la faillite adoptée en 1864 (27-28 Vict., c. 17) contenant des dispositions relatives au syndic (en anglais “assignee”) et aux paiements préférentiels mais aucun texte quant à la prescription des recours.

C'est sur cette toile de fond qu'il faut relire l'art. 1040 et ceux qui le précèdent pour souligner

- (1) Art. 1037, which disappeared in 1888, stated that broader provisions on the presumption of fraud and avoidance of acts done with a view to bankruptcy were to be found elsewhere;
- (2) Art. 1038, in reference to onerous contracts made in good faith by third parties, lays down one rule for the case of *faillite* (in English, "insolvency of traders") and another for ordinary cases;
- (3) Art. 1040 refers to two classes of plaintiffs, the creditors individually and their representatives, and for the latter class it uses the word *syndic* (in English "assignee"), which is especially characteristic of bankruptcy.

It seems to me the conclusion is obvious. The pre-Confederation legislator, having complete control over all matters now under consideration, intended at that time prescription of the trustee's remedies in cases of preferential payments to be subject to the rule of Art. 1040 C.C. Nothing since then has altered this position, and the remedy in s. 64 of the *Bankruptcy Act* remains subject to annual prescription.

On the whole, I would affirm the judgment *a quo* with costs in all courts.

Appeal allowed with costs, DE GRANDPRÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rivard, Rivard, Hickson & Sirois, Quebec.

Solicitor For the respondent: Buchanan, McAllister, Blakely & Turgeon, Montreal,

- (1) l'art. 1037, disparu en 1888, affirmait que des dispositions plus étendues sur la présomption de fraude et la nullité des actes faits en vue de la faillite se trouvaient ailleurs;
- (2) l'art. 1038, parlant du contrat à titre onéreux fait de bonne foi par le tiers contractant, édicte une règle pour le cas de la faillite (en anglais, 'insolvency of traders') et une autre pour les cas ordinaires;
- (3) l'art. 1040 réfère à deux classes de demandeurs, les créanciers individuellement et leurs représentants, et pour cette dernière classe utilise le mot *syndic* (en anglais, 'assignee') que l'on retrouve avant tout en matière de faillite.

La conclusion, me semble-t-il, s'impose. Le législateur d'avant la Confédération, maître complet de toutes les matières qui nous intéressent ici, a voulu à ce moment-là que la prescription des recours du syndic dans le cas des paiements préférentiels soit soumise à la règle de l'art. 1040 C.c. Rien depuis lors n'a changé cette situation et le recours de l'art. 64 de la *Loi sur la faillite* reste soumis à la prescription annale.

Sur le tout, je confirmerais le jugement dont appel avec dépens dans toutes les cours.

Appel accueilli avec dépens, le juge DE GRANDPRÉ étant dissident.

Procureurs de l'appellant: Rivard, Rivard, Hickson & Sirois, Québec.

Procureurs de l'intimée: Buchanan, McAllister, Blakely & Turgeon, Montréal.

Lenard John Howarth *Appellant*;

and

National Parole Board *Respondent*.

1974: May 14, 15; 1974: October 11.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts—Supervisory power—Parole—Revocation order by Parole Board—Order not required to be made on a judicial or quasi-judicial basis—Order not reviewable by Federal Court of Appeal—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

The Federal Court of Appeal quashed an application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review an order of the National Parole Board revoking a parole granted to appellant. It was held that the order was of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. Appellant obtained leave to appeal to this Court.

Held (Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. *dissenting*): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Section 28 of the *Federal Court Act* operates as an exception to the general provision of s. 18, whereby supervisory jurisdiction over federal boards is wholly transferred from the Superior Courts of the Provinces to the Trial Division of the Federal Court. The new remedy created by s. 28 is restricted in its application to judicial decisions or to administrative orders required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. A section 28 application leaves intact all the common law remedies in cases where it is without application.

In *Ex parte McCaud*, this Court affirmed the judgment of Spence J. holding, on an application for a writ of *habeas corpus* with respect to an order revoking the applicant's parole, that it was "a decision within the discretion of the Parole Board as an administrative matter and is not in any way a judicial determination". Therefore it was correctly held that the revocation order in question was "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis". No use was made for

Lenard John Howarth *Appelant*;

et

La commission nationale des libérations conditionnelles *Intimée*.

1974: les 14 et 15 mai; 1974: le 11 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Cours—Pouvoir de surveillance—Libération conditionnelle—Ordonnance de révocation par la Commission des libérations conditionnelles—Ordonnance non soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire—Ordonnance non sujette à examen par Cour d'appel fédérale—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28.

La Cour d'appel fédérale a annulé une requête faite en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* à l'encontre d'une ordonnance de la Commission nationale des libérations conditionnelles révoquant la libération conditionnelle de l'appelant, telle ordonnance étant jugée par la Cour d'appel de nature administrative et non légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. L'appelant a obtenu l'autorisation d'appeler à cette Cour.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson, *dissidents*): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Pigeon, Beetz et de Grandpré: L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* fait exception à la règle générale de l'art. 18, en vertu duquel le pouvoir de surveillance sur les offices fédéraux est entièrement transféré des cours supérieures des provinces à la Division de première instance de la Cour fédérale. L'application du nouveau recours institué par l'art. 28 est restreinte aux décisions ou ordonnances de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. L'article 28 laisse intacts tous les recours de droit commun dans les cas où il ne s'applique pas.

Dans *Ex parte McCaud*, cette Cour a confirmé le jugement de M. le juge Spence qui avait dit, sur une demande de bref d'*habeas corpus*, faite à la suite d'une ordonnance qui révoquait la libération conditionnelle du requérant: «cette décision est de nature administrative et n'est aucunement une décision judiciaire». La Cour d'appel fédérale a donc à bon droit statué que la décision n'était pas «légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.» Il n'y a pas lieu de reconsidérer ce

reconsidering what was decided in *Ex parte McCaud*. The new wording of what is now s. 16(4) of the *Parole Act* which adds an explicit direction to the Board to make inquiries before reaching its decision does not imply an intention to require the Board to act on a judicial or quasi-judicial basis in revoking a parole.

Per Beetz J.: The implications of s. 20 of the *Parole Act* are unfortunate. However, this does not change the nature of the decision of the Parole Board when it revokes a parole granted to an inmate.

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ., dissenting: Section 18 of the *Federal Court Act* confers upon the Trial Division of the Federal Court exclusive original jurisdiction to issue prerogative writs and to grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal, but the Trial Division has only such jurisdiction in respect to prerogative writs as is not conferred by s. 28(1) upon the Appeal Division. If the jurisdiction conferred on the Federal Court of Appeal by s. 28(1) is to be rendered unavailable, the impugned decision or order must meet two criteria: (1) it must be of an administrative nature, and (2) the board or tribunal must be free of any duty to decide on a judicial or quasi-judicial basis, that is, free of any obligation to give effect to the principle of natural justice. The duty of acting judicially may be implied from the nature of the power given to the board or other tribunal in question, the power to deal with the personal or property rights of the subject being a criterion. The seriousness of the consequence or deprivation for the individual affected by the decision of the board or tribunal exercising statutory powers is manifestly the principal factor in determining whether the board or other tribunal is required to act judicially or quasi-judicially. It is not necessary that a body should be a court of law or that it have before it a form of *lis inter partes* before it falls under a duty to act judicially.

In cases where the National Parole Board decides, under s. 16, of the *Parole Act*, to revoke a parole, it is acting in a judicial capacity because the orders of the Board have a conclusive effect, not being subject to appeal or review (s.23); they are adjudicative, not investigatory or advisory; and they have a serious adverse effect upon "rights". In deciding the Board makes two

qui a été décidé dans *Ex parte McCaud*. L'addition d'une directive explicite prescrivant à la Commission d'effectuer des enquêtes avant de rendre sa décision que l'on trouve dans le nouveau texte de ce qui est maintenant le par. (4) de l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, n'implique pas l'intention d'obliger la Commission à agir selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire lorsqu'elle révoque une libération.

Le juge Beetz: Les implications de l'art. 20 de la *Loi sur les libérations conditionnelles* sont regrettables. Cependant, cela n'a pas pour effet de changer la nature de la décision de la Commission des libérations conditionnelles lorsqu'elle révoque une libération conditionnelle accordée à un prévenu.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson, dissidents: L'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Division de première instance de la Cour fédérale compétence exclusive en première instance pour émettre les brefs de prérogative et pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral, mais la Division de première instance ne possède à l'égard des brefs de prérogative que la compétence qui n'est pas attribuée à la Division d'appel en vertu du par. (1) de l'art. 28. Pour que la compétence attribuée à la Cour d'appel fédérale par le par. (1) de l'art. 28 ne puisse être exercée, la décision ou ordonnance attaquée doit répondre à deux critères: (1) elle doit être de nature administrative, et (2) l'office ou tribunal ne doit pas avoir d'obligation de décider selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire, c.-à-d. d'obligation d'observer les principes de justice naturelle. L'obligation d'agir de façon judiciaire peut découler implicitement de la nature du pouvoir attribué à l'office ou autre tribunal en question, le pouvoir de statuer sur les droits personnels ou les droits de propriété de citoyen constituant un critère. La gravité de la conséquence ou de la privation pour l'individu visé par la décision de l'office ou du tribunal exerçant des pouvoirs statutaires est évidemment le principal élément pour déterminer si l'office ou autre tribunal doit agir de façon judiciaire ou quasi judiciaire. Il n'est pas nécessaire qu'un organisme soit une cour de justice ou qu'il soit saisi d'un *lis inter partes* quelconque pour qu'il doive agir de façon judiciaire.

Lorsque la Commission nationale des libérations conditionnelles décide, en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* de révoquer une libération conditionnelle, elle agit à titre judiciaire parce que l'ordonnance de la Commission emporte effet définitif d'appel ou de révision (art. 23), qu'elle est non adjudicative, investigative ou consultative, et qu'elle a

separate and distinct determinations: (a) Have the terms and conditions of parole been violated? (b) If so, is revocation warranted? Parole revocation may seriously and adversely affect "rights" of a paroled inmate. When an inmate is granted parole, he is entitled to expect that if he observes the terms and conditions of his parole and is otherwise of good behaviour, he will remain at large. Serious consequences result from revocation of parole, including reincarceration, loss of statutory remission, and no credit for time served on parole.

In *Ex parte McCaud*, Spence J. was adverting to the traditional distinction between a decision of a judicial nature and a decision of an administrative nature and not to the novel type of decision introduced by s. 28(1) of the *Federal Court Act*, which came into effect after the judgment was delivered in *McCaud*. Since *McCaud*, s. 16(4) of the *Parole Act* has been amended to require the Board upon referral to it of the case of a paroled inmate whose parole has been suspended, to make the necessary inquiries and upon reviewing the evidence so obtained, to reach a decision. This amendment serves to aid in characterizing the parole revocation function of the National Parole Board as judicial or quasi-judicial and in distinguishing between *McCaud* and the case at bar.

[*Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168, followed. *St. John v. Fraser*, [1935] S.C.R. 441; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Durayappah v. Fernando*, [1967] 2 A.C. 337; *Morrissey v. Brewer* (1972), 92 S. Ct. 2593; *Brooks v. Pavlick*, [1964] S.C.R. 108; *R. v. Manchester Legal Aid Committee, ex parte R. A. Brand & Co. Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 413; *R. v. Brighton and Area Rent Tribunal*, [1950] 2 K.B. 410; *Board of Health for the Township of Saltfleet v. Knapman*, [1956] S.C.R. 877; *R. v. Gaming Board*, [1970] 2 All. E.R. 528; *In re Nakkuda Ali v. Jayaratne*, [1951] A.C. 66; *Bonanza Creek Hydraulic Concession v. The King* (1908), 40 S.C.R. 281, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ quashing an application to review an

¹ [1973] F.C. 1018.

des conséquences préjudiciables graves sur «des droits». En rendant une décision la Commission tranche deux questions séparées et distinctes: a) Y a-t-il eu violation des modalités de la libération conditionnelle? b) Dans l'affirmative, la révocation est-elle justifiée? L'ordonnance de révocation de libération conditionnelle a des conséquences préjudiciables graves sur «les droits» du détenu à la liberté conditionnelle. Lorsqu'une libération conditionnelle lui est accordée le détenu a le droit de s'attendre que s'il observe les modalités de sa libération et qu'il a d'autre part une bonne conduite, il demeurera en liberté. La révocation de libération conditionnelle peut avoir des conséquences sérieuses, dont la réincarcération, la perte de la réduction statutaire et aucune réduction de peine pour la période de la sentence purgée en liberté conditionnelle.

Dans l'arrêt *Ex parte McCaud* le juge Spence faisait allusion à la distinction traditionnelle entre une décision de nature judiciaire et une décision de nature administrative et non pas à la nouvelle catégorie de décisions introduite par l'art. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* mise en vigueur après le jugement rendu dans l'arrêt *McCaud*. Depuis cet arrêt, l'art. 16(4) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* a été modifié de façon à imposer à la Commission, lorsque lui est envoyé le cas d'un détenu à libération conditionnelle dont la libération conditionnelle a été suspendue, une obligation d'effectuer les enquêtes nécessaires et, d'après la preuve ainsi obtenue et son examen, de rendre une décision. Cette modification caractérise le pouvoir de révocation de libération conditionnelle exercé par la Commission nationale des libérations conditionnelles comme un pouvoir judiciaire ou quasi judiciaire et permet de faire la distinction entre l'arrêt *McCaud* et la présente affaire.

[Arrêt suivi: *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168. Arrêts mentionnés: *St-John c. Fraser*, [1935] R.C.S. 441; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All. E.R. 66; *Durayappah v. Fernando*, [1967] 2 A.C. 337; *Morrissey v. Brewer* (1972), 92 S. Ct. 2593; *Brooks c. Pavlick*, [1964] R.C.S. 108; *R. v. Manchester Legal Aid Committee, ex parte R.A. Brand & Co. Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 413; *R. v. Brighton and Area Rent Tribunal*, [1950] 2 K.B. 410; *Board of Health for the Township of Saltfleet c. Knapman*, [1956] R.C.S. 877; *R. v. Gaming Board*, [1970] 2 All. E.R. 528; *In re Nakkuda Ali v. Jayaratne*, [1951] A.C. 66; *Bonanza Creek Hydraulic Concession c. Le Roi*. (1908), 40 R.C.S. 281.]

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédérale¹ annulant une requête à l'encontre d'une

¹ [1973] C.F. 1018.

order of the National Parole Board revoking a parole. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting.

R. R. Price, for the appellant.

A. C. Pennington and *R. G. Vincent*, for the respondent.

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

DICKSON J. (*dissenting*)—The question in this appeal is whether the Federal Court of Appeal has jurisdiction to entertain a motion to review or set aside an order of the National Parole Board revoking a parole. The question is an important one for the law has erected manifold safeguards to protect the civil rights of a person accused of crime, and gives to a person released on probation a protective shield of due process, (*Criminal Code* s. 664) but has hitherto evinced small regard for the civil rights of a person to whom parole has been granted. It falls now to decide whether the enactment of the *Federal Court Act* has changed all of that.

As the question at this time is only one of jurisdiction, properly speaking no facts have yet been found. The facts alleged however on behalf of the appellant, Lenard John Howarth, are these: Howarth is held in close custody at Joyceville Institution, Canadian Penitentiary Service. He was sentenced on February 25, 1969 to a term of seven years for armed robbery. He was granted parole on May 6, 1971, and during the academic years 1971-72 and 1972-73 was enrolled as a full-time student in the Faculty of Sociology at Queen's University. He was gainfully employed almost continually from the date of his release on parole until suspension of the parole. On or about August 3, 1973, his parole was suspended and he was taken into custody. A charge of indecent assault was laid against him. To this charge he pleaded not guilty and September 18, 1973, was set as the date for a

ordonnance de la Commission nationale des libérations conditionnelles révoquant une libération conditionnelle. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents.

R. R. Price, pour l'appelant.

A. C. Pennington et *R. G. Vincent*, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—La question en litige est de savoir si la Cour d'appel fédérale est compétente à connaître d'une requête faite pour examiner ou annuler une ordonnance de la Commission nationale des libérations conditionnelles révoquant une libération. La question est importante car si la loi a établi diverses garanties pour protéger les droits civils d'une personne accusée d'un crime, et permet à la personne libérée sous le régime d'une ordonnance de probation de jouir de la protection offerte par une application régulière de la loi, (art. 664 du *Code criminel*), elle a cependant jusqu'à présent manifesté peu d'égard pour les droits civils d'une personne jouissant d'une libération conditionnelle. Il nous incombe maintenant de décider si l'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale* a changé tout cela.

Comme pour le moment il s'agit seulement d'une question de compétence, à proprement parler les faits n'ont pas encore été établis. Cependant les faits allégués au nom de l'appelant, Lenard John Howarth, sont les suivants: Howarth était détenu à l'institution de Joyceville du Service canadien des pénitenciers. Il a été condamné le 25 février 1969 à sept ans de prison pour vol à main armée. Il a obtenu la libération conditionnelle le 6 mai 1971 et durant les années universitaires de 1971-72 et 1972-73 il était inscrit comme étudiant à plein temps à la Faculté de Sociologie de l'Université Queen's. Il a presque continuellement occupé un emploi rémunérateur de la date de sa libération conditionnelle jusqu'à la suspension de celle-ci. Le 3 août 1973, ou vers cette date, sa libération conditionnelle a été suspendue et il a été mis sous garde. Une plainte d'attentat à la pudeur a été

preliminary inquiry into the charge. On September 14, 1973, however, the charge against him was withdrawn. Notwithstanding, four days later he was advised that his parole had been revoked by the National Parole Board on September 11, 1973, and he has continued in custody. He avers that, though he has repeatedly requested it, at no time has he been given any statement of the reason for revocation of his parole. The Parole Board says it is under no duty to enlighten Mr. Howarth nor to give him an opportunity to be heard.

portée contre lui. Il a plaidé non coupable à cette accusation et la date de l'enquête préliminaire a été fixée au 18 septembre 1973. Cependant, le 14 septembre 1973, on retira la plainte portée contre lui. Néanmoins, quatre jours plus tard, il fut informé que la Commission nationale des libérations conditionnelles avait, le 11 septembre 1973, révoqué sa libération conditionnelle; il est toujours sous garde. Il affirme que, bien qu'il l'ait demandé à maintes reprises, il n'a jamais été informé du motif de la révocation de sa libération. La Commission des libérations conditionnelles déclare qu'elle n'est pas obligée de fournir des éclaircissements à M. Howarth sur le sujet ni de lui donner l'occasion d'être entendu.

Section 28(1) of the *Federal Court Act* reads:

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.

The apparent purpose and effect of s. 28(1) is generally to assure judicial review by the Federal Court of Appeal of the decisions or orders of all federal boards, commissions and other tribunals—and by definition the National Parole Board is a federal board—upon one or more of the three stated grounds. Its ambit embraces all decisions or orders of a judicial nature and certain decisions and orders of a purely administrative nature. The

Le par. (1) de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* se lit comme suit:

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.

Le but et l'effet apparents du par. (1) de l'art. 28 est de façon générale de garantir que la Cour d'appel fédérale pourra examiner les décisions ou ordonnances de tous les offices, commissions et autres tribunaux fédéraux—et par définition la Commission des libérations conditionnelles est une commission fédérale—sur un ou plus d'un des trois motifs énoncés. Le paragraphe englobe toutes les décisions ou ordonnances de nature judiciaire et

only decisions or orders of an administrative nature which are outside or beyond judicial supervisory range are those to be found within the double-negative phrase "other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis." The two faces of the exception are not disjunctive: both have to be present. Decisions and orders of an administrative nature are indeed reviewable, the only exception being those which are "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis." The question therefore which must be asked, is whether there is anything which requires the National Parole Board, in deciding whether to revoke a parole, to act on a judicial or quasi-judicial basis. Counsel for the Board properly concedes that such a duty may be statutory or may arise at common law.

Section 18 of the Act confers upon the Trial Division of the Federal Court exclusive original jurisdiction to issue the prerogative writs and to grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal but the Trial Division has only such jurisdiction in respect of the prerogative writs as is not conferred by s. 28(1) upon the Appeal Division. This is clear from the prefatory words of s. 28(1), "Notwithstanding section 18" and from s. 28(3) of the Act which provides that where the Court of Appeal has jurisdiction 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. The grounds upon which the "review and set aside" remedy of s. 28 is made available are essentially the same as, though broader than, those on which *certiorari* traditionally is issued to quash administrative decision. The combined effect of ss. 28(1) and 28(3) would seem to be to narrow the jurisdiction of the Trial Division in respect of *certiorari* to the point of disappearance but to make available in the Court of Appeal the new and enlarged "review and set aside" remedy in respect of deci-

certaines décisions ou ordonnances de nature purement administrative. Les seules décisions ou ordonnances de nature administrative qui ne tombent pas sous le pouvoir de surveillance sont celles mentionnées dans la proposition à double négation «autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Les deux éléments de l'exception ne sont pas disjonctifs: tous deux doivent être présents. Les décisions et ordonnances de nature administrative sont en effet assujetties à l'examen judiciaire, les seules exceptées étant celles qui ne sont «pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». La question qu'il faut donc se poser est de savoir si la Commission nationale des libérations conditionnelles est obligée, d'une façon ou d'une autre, lorsqu'elle décide la révocation d'une libération conditionnelle, d'agir selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire. L'avocat de la Commission admet à juste titre qu'une telle obligation peut être dictée par la loi ou découler du droit commun.

L'art. 18 de la Loi confère à la Division de première instance de la Cour fédérale compétence exclusive en première instance pour émettre les brefs de prérogative et pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral, mais la Division de première instance ne possède à l'égard des brefs de prérogative que la compétence qui n'est pas attribuée à la Division d'appel en vertu du par. (1) de l'art. 28. Ceci ressort clairement des termes préliminaires du par. (1) de l'art. 28, «nonobstant l'article 18», et du par. (3) de l'art. 28 de la Loi qui édicte que lorsque 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 d'une procédure relative à cette décision ou ordonnance. Les motifs qui permettent le recours pour «examen et annulation» sous le régime de l'art. 28 sont essentiellement les mêmes, bien que plus généraux, que ceux qui traditionnellement justifient le *certiorari* pour infirmer une décision administrative. Les par. (1) et (3) combinés de l'art. 28 sembleraient avoir pour effet de restreindre la compétence de la Division de pre-

sions or orders of federal boards, commissions or tribunals. The only decisions or orders exempted from this all-embracing jurisdiction are those of "an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis." If the jurisdiction conferred on the Federal Court of Appeal by s. 28(1) is to be rendered unavailable, the impugned decision or order must meet two criteria (1) it must be of an administrative nature, (2) the board or tribunal must be free of any duty to decide on a judicial or quasi-judicial basis *i.e.* free of any obligation to give effect to the principles of natural justice. The word "judicial" may refer to those duties which are discharged in public by a judge following formal legal procedures in resolving a *lis inter partes* or it may refer to administrative duties which need not be discharged in public and to the discharge of which a large measure of policy and expediency may properly be applied but in respect of which certain elemental norms of justice and fair play must be brought to bear, minimally the right to know and to respond before suffering serious loss. It means, as Davis J. said in *St. John v. Fraser*², at p. 452 "that the tribunal, while exercising administrative functions, must act 'judicially' in the sense that it must act fairly and impartially." Whether or not such a duty to act judicially exists will depend upon the circumstances of the particular case and the construction of the relevant statute. The duty of acting judicially may be implied from the nature of the power given to the board or other tribunal in question, the power to deal with the personal or property rights of the subject being a criterion. The seriousness of the consequence or deprivation for the individual affected by the decision of the board or tribunal exercising statutory powers is manifestly the principle factor in determining whether the board or other tribunal is required to

mière instance à l'égard du *certiorari* au point de la supprimer mais de confier à la Cour d'appel le recours nouveau et élargi du droit «d'examen et d'annulation» à l'égard des décisions et ordonnances des offices, commissions ou tribunaux fédéraux. Les seules décisions ou ordonnances exemptées de cette compétence universelle sont celles «de nature administrative non légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Pour que la compétence attribuée à la Cour d'appel fédérale par le par. (1) de l'art. 28 ne puisse être exercée, la décision ou ordonnance attaquée doit répondre à deux critères: (1) elle doit être de nature administrative, et (2) l'office ou tribunal ne doit pas avoir d'obligation de décider selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire, c.-à-d. d'obligation d'observer les principes de justice naturelle. Le mot «judiciaire» peut désigner les fonctions qui sont exercées publiquement par un juge à la suite de procédures judiciaires régulières visant à faire décider un *lis inter partes*, ou il peut désigner les fonctions administratives qu'il n'est pas nécessaire d'exercer en public et dans l'exercice desquelles on peut à juste titre tenir largement compte de politiques ou de commodité mais en se devant de respecter certains critères élémentaires de justice et d'équité, soit au moins le droit d'être mis au courant et de se défendre avant d'être victime d'un grave préjudice. Cela signifie, comme le disait le juge Davis dans l'arrêt *St-John c. Fraser*², à la p. 452 [TRADUCTION] «que le tribunal dans l'exercice de ses fonctions administratives doit agir «de façon judiciaire» en ce sens qu'il doit agir de façon juste et impartiale.» L'existence ou l'absence de cette obligation d'agir de façon judiciaire dépendra des circonstances entourant le cas particulier et de l'interprétation de la loi pertinente. L'obligation d'agir de façon judiciaire peut découler implicitement de la nature du pouvoir attribué à l'office ou autre tribunal en question, le pouvoir de statuer sur les droits personnels ou les droits de propriété du citoyen constituant un critère. La gravité de la conséquence ou de la privation pour l'individu visé par la décision de l'office ou du tribunal exerçant des pouvoirs statutaires est évidemment le principal élément pour déterminer si l'office ou autre tribunal doit agir de façon

² [1935] S.C.R. 441.

² [1935] R.C.S. 441.

act judicially or quasi-judicially. *Ridge v. Baldwin*³; *Durayappah v. Fernando*⁴, at pp. 349-352; *Morrisey v. Brewer*⁵, (U.S. Sup. Ct.), at pp. 2600-2601. An administrative board, the decisions of which are made according to policy and not formal legal standards may, at some point in the course of reaching a decision come under a duty to conform to the principles of natural justice. In *Brooks v. Pavlick*⁶, the Court observed that the Master of Titles of Ontario was bound to act judicially in the performance of his primary administrative duty.

It is not necessary that a body should be a court of law or that it have before it a form of *lis inter partes* before it falls under a duty to act judicially: *R. v. Manchester Legal Aid Committee, ex parte R. A. Brand & Co. Ltd.*⁷. The cases show that such a duty may rest upon an administrative body deciding whether to expel an unruly student, or ordering the destruction of a dilapidated house, or ousting a member from a private club. A tribunal may be required to act judicially although entitled to act on its own knowledge and information, without evidence unless submitted and without a hearing: *R. v. Brighton and Area Rent Tribunal*⁸.

In *Board of Health for the Township of Saltfleet v. Knapman*⁹, this Court found that a duty to act judicially rested upon a local board of health empowered to order premises vacated and if necessary to eject the occupants forcibly upon the board's being "satisfied upon due examination" that the house has become unfit or dangerous. Cartwright J., as he then was said, p. 879:

judiciaire ou quasi judiciaire. *Ridge v. Baldwin*³; *Durayappah v. Fernando*⁴, aux pp. 349-352; *Morrisey v. Brewer*⁵, (Cour sup. des États-Unis), aux pp. 2600-2601. Un office administratif dont les décisions sont prises en conformité de politiques et non pas selon des critères juridiques formels peut, à une certaine étape du processus décisionnel, devenir assujéti à une obligation de se conformer aux principes de justice naturelle. Dans l'arrêt *Brooks c. Pavlick*⁶, la Cour a fait remarquer que le *Master of Titles* de l'Ontario devait agir de façon judiciaire dans l'accomplissement de son devoir administratif primordial.

Il n'est pas nécessaire qu'un organisme soit une cour de justice ou qu'il soit saisi d'un *lis inter partes* quelconque pour qu'il doive agir de façon judiciaire: *R. v. Manchester Legal Aid Committee, ex parte R.A. Brand & Co. Ltd.*⁷. La jurisprudence indique qu'une telle obligation peut incomber à un organisme administratif qui décide s'il faut expulser un étudiant insubordonné, ou qui ordonne de démolir une maison délabrée, ou qui expulse un membre d'un club privé. Un tribunal peut être dans l'obligation d'agir de façon judiciaire bien qu'il ait le droit de se fonder sur ses propres connaissances et renseignements, sans recourir à une preuve sauf si une preuve est soumise et sans tenir d'audition: *R. v. Brighton and Area Rent Tribunal*⁸.

Dans l'arrêt *Board of Health for the Township of Saltfleet c. Knapman*⁹, cette Cour a décidé qu'un devoir d'agir de façon judiciaire incombait à un bureau local d'hygiène investi du pouvoir de faire évacuer des locaux et si nécessaire d'expulser les occupants par la force lorsque le bureau était [TRADUCTION] «convaincu après une inspection satisfaisante» que la maison était devenue impropre à l'habitation ou dangereuse. Le juge Cartwright, alors juge puîné, déclarait à la p. 879:

³ [1963] 2 All. E.R. 66.

⁴ [1967] 2 A.C. 337.

⁵ (1972), 92 S. Ct. 2593.

⁶ [1964] S.C.R. 108.

⁷ [1952] 2 Q.B. 413.

⁸ [1950] 2 K.B. 410.

⁹ [1956] S.C.R. 877.

³ [1963] 2 All. E.R. 66.

⁴ [1967] 2 A.C. 337.

⁵ (1972), 92 S. Ct. 2593.

⁶ [1964] R.C.S. 108.

⁷ [1952] 2 Q.B. 413.

⁸ [1950] 2 K.B. 410.

⁹ [1956] R.C.S. 877.

I agree with Gale J. that in deciding whether or not such condition exists a duty to act judicially rests upon the board. It would, I think, require the plainest words to enable us to impute to the Legislature the intention to confer upon the local board the power to forcibly eject the occupants of the building for certain specified causes without giving such occupants an opportunity to know which of such causes was alleged to exist or to make answer to the allegation; and I find no such words in the statute or the schedule.

Revocation of parole is not a part of the criminal prosecution and a paroled prisoner can hardly be regarded as a "free" man. He stands charged and convicted by due process of law. While paroled he is still a convicted prisoner. But he has been given a large measure of freedom as part of the rehabilitative process and the imminent loss of that freedom does not find him entirely without rights. I fail to see how it can be contended that parole is a mere privilege or act of grace and favor, on the part of the Parole Board, conferring no rights on the parolee and subject to withdrawal at will. The parolee is given his liberty and an opportunity to be reunited with his family and friends, to further his education, to seek and obtain employment and subject to the terms of his parole and the statute to enjoy the privileges of a free man and the prospect of ultimate restoration of full civil status. All of this is a precious right. It cannot be argued successfully that the parolee remains in the custody of the warden of the prison or the parole board and that parole and revocation of parole are mere changes in the form of custody. Confinement in a cell and liberty under parole are simply not comparable. Though subject to the supervision of a parole officer, the liberty of a parolee is extensive and is extinguished by incarceration. By any test, incarceration upon revocation of probation is deprivation of freedom.

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le Juge Gale qu'en décidant si une telle condition existe ou non, le bureau se doit d'agir de façon judiciaire. Il faudrait, selon moi, des termes tout à fait clairs pour que nous puissions croire que la législature a voulu investir le bureau local du pouvoir d'expulser les occupants par la force pour certains motifs spécifiés sans leur permettre de savoir le motif qu'on allègue ou de répondre à l'allégation; et je ne trouve pas de termes semblables dans la loi ou dans l'annexe.

Une révocation de libération conditionnelle n'est pas un élément de la poursuite pénale et un détenu à liberté conditionnelle peut difficilement être considéré comme un homme «libre». Il reste un homme qui a été accusé et condamné par application régulière de la loi. Pendant qu'il est en liberté conditionnelle il demeure un détenu trouvé coupable. Mais on lui a donné la jouissance, comme partie du processus de réhabilitation, d'une grande liberté, et la perte imminente de cette liberté ne le laisse pas entièrement sans droits. Je ne vois pas comment on peut prétendre que la libération conditionnelle est un simple privilège ou gracieuseté ou faveur, de la part de la Commission des libérations conditionnelles, ne donnant aucun droit au libéré conditionnel et sujet à lui être retiré à volonté. On donne au libéré conditionnel sa liberté et l'occasion de renouer avec sa famille et ses amis, de parfaire son instruction, de chercher à obtenir du travail et, sous réserve des modalités de sa libération et des dispositions de la loi, de jouir des privilèges d'un homme libre et d'envisager le rétablissement définitif de tous ses droits civils. Tout ceci constitue un droit précieux. On ne saurait prétendre avec raison que le libéré conditionnel demeure sous la garde du directeur de la prison ou de la Commission des libérations conditionnelles et que la libération conditionnelle et sa révocation ne sont que de simples modifications du régime de détention. La réclusion dans une cellule et la liberté conditionnelle ne peuvent aucunement se comparer. Bien qu'il soit sous la surveillance d'un agent des libérations conditionnelles, le libéré conditionnel jouit d'une grande liberté à laquelle l'emprisonnement mettra fin. Quel que soit le critère, l'emprisonnement à la suite de la révocation de la liberté conditionnelle est une privation de liberté.

The question of confidentiality of information was raised during argument. There are here competing considerations. On the one hand, divulgence may render informants fearful of reprisals; on the other hand, non-disclosure may inhibit the parolee in his attempt to controvert or refute that which has been placed against him and, additionally, lead to the acceptance of false and idle reports of "faceless informers". The answer to the argument respecting confidentiality is to be found in *R. v. Gaming Board*¹⁰, in which Lord Denning said, p. 533, "If the board were bound to disclose every detail, that might itself give the informer away and put him in peril. But, without disclosing every detail, I should have thought that the board ought in every case to be able to give to the applicant sufficient indication of the objections raised against him such as to enable him to answer them. That is only fair. And the board must at all costs be fair. If they are not, these courts will not hesitate to interfere."

I should have thought on the authority of the catena of cases cited by Lord Reid in *Ridge v. Baldwin, supra*, the only discordant note being struck in *In re Nakkuda Ali v. Jayaratne*¹¹, that there rested upon the National Parole Board a duty to observe the principles of natural justice.

Taking a somewhat different approach, namely, an analysis of the function of the National Parole Board and a characterization of that function, it would seem to me that the task of the Board is in part judicial or quasi-judicial and the Board is required by law to have a judicial or quasi-judicial basis for a decision to revoke parole.

The following provisions of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2 are relevant:

6. Subject to this Act and the *Prisons and Reformatories Act*, the Board has exclusive jurisdiction and

¹⁰ [1970] 2 All. E.R. 528.

¹¹ [1951] A.C. 66.

La question du caractère confidentiel des renseignements a été soulevée au cours des plaidoiries. Nous sommes ici en présence de considérations qui se combattent. D'une part, la divulgation peut faire craindre aux informateurs d'être la victime de représailles; d'autre part, en ne révélant pas les renseignements, on peut empêcher le libéré conditionnel de contester ou réfuter pleinement ce qu'on lui a reproché et, en plus, aboutir à l'acceptation de rapports faux et gratuits de «délateurs anonymes». La réponse à l'argument relatif au caractère confidentiel se trouve dans l'arrêt *R. v. Gaming Board*¹⁰, dans lequel lord Denning disait, à la p. 533, [TRADUCTION] «si l'office était obligé de divulguer tous les détails, cela pourrait en soi trahir l'informateur et le mettre en danger. Mais, sans divulguer tous les détails, je pense que l'office devrait dans chaque cas pouvoir donner au requérant relativement aux objections formulées contre ce dernier des indications suffisantes pour lui permettre d'y répondre. Cela n'est que juste. Et l'office doit à tout prix être juste. Si les offices ne le sont pas nos cours n'hésiteront pas à intervenir.»

Je pense que sur l'autorité de la série d'arrêts citée par lord Reid dans *Ridge v. Baldwin, supra*, la seule note discordante étant exprimée dans l'arrêt *In re Nakkuda Ali v. Jayaratne*¹¹, la Commission nationale des libérations conditionnelles se devait de respecter les principes de justice naturelle.

Abordant le problème d'une façon quelque peu différente, soit en analysant la fonction de la Commission nationale des libérations conditionnelles et en caractérisant cette fonction, il me semble que le travail de la Commission est en partie judiciaire ou quasi judiciaire et que légalement la Commission doit agir selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire lorsqu'elle prend une décision relative à une révocation de libération conditionnelle.

Les dispositions suivantes de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, c. P-2 sont pertinentes:

6. Sous réserve de la présente loi et de la *Loi sur les prisons et maisons de correction*, la Commission est

¹⁰ [1970] 2 All. E.R. 528.

¹¹ [1951] A.C. 66.

absolute discretion to grant, refuse to grant or revoke parole. 1958, c. 38, s. 5.

10. (1) The Board may

(a) grant parole to an inmate, subject to any terms or conditions it considers desirable, if the Board considers that

(i) in the case of a grant of parole other than day parole, the inmate has derived the maximum benefit from imprisonment,

(ii) the reform and rehabilitation of the inmate will be aided by the grant of parole, and

(iii) the release of the inmate on parole would not constitute an undue risk to society;

(e) in its discretion, revoke the parole of any paroled inmate other than a paroled inmate to whom discharge from parole has been granted, or revoke the parole of any person who is in custody pursuant to a warrant issued under section 16 notwithstanding that his sentence has expired.

11. The Board, in considering whether parole should be granted or revoked, is not required to grant a personal interview to the inmate or to any person on his behalf. 1958, c. 38, s. 9.

13. (1) The term of imprisonment of a paroled inmate shall, while the parole remains unrevoked and unforfeited, be deemed to continue in force until the expiration thereof according to law, and, in the case of day parole, the paroled inmate shall be deemed to be continuing to serve his term of imprisonment in the place of confinement from which he was released on such parole.

(2) Until a parole is revoked, forfeited or suspended, or except in accordance with the terms and conditions of a day parole, the inmate is not liable to be imprisoned by reason of his sentence, and he shall be allowed to go and remain at large according to the terms and conditions of the parole and subject to the provisions of this Act. 1968-69, c. 38, s. 101.

exclusivement compétente pour accorder, refuser d'octroyer ou révoquer la libération conditionnelle, et elle jouit d'une discrétion absolue à cet égard. 1958, c. 38, art. 5.

10. (1) La Commission peut

a) accorder la libération conditionnelle à un détenu, sous réserve des modalités qu'elle juge opportunes, si la Commission considère que

(i) dans le cas d'un octroi de libération conditionnelle autre qu'une libération conditionnelle de jour, le détenu a tiré le plus grand avantage possible de l'emprisonnement,

(ii) l'octroi de la libération conditionnelle facilitera le redressement et la réhabilitation du détenu, et

(iii) la mise en liberté du détenu sous libération conditionnelle ne constitue pas un risque indu pour la société;

e) à sa discrétion, révoquer la libération conditionnelle de tout détenu à liberté conditionnelle autre qu'un détenu à liberté conditionnelle qui a été relevé des obligations de la libération conditionnelle, ou révoquer la libération conditionnelle de toute personne qui est sous garde en conformité d'un mandat délivré en vertu de l'article 16 nonobstant l'expiration de sa condamnation.

11. La Commission, en étudiant la question de savoir s'il faut octroyer ou révoquer la libération conditionnelle, n'est pas tenue d'accorder une entrevue personnelle au détenu ni à quelque personne agissant au nom de celui-ci. 1958, c. 38, art. 9.

13. (1) La période d'emprisonnement d'un détenu à liberté conditionnelle, tant que cette dernière continue d'être ni révoquée ni frappée de déchéance, est réputée rester en vigueur jusqu'à son expiration conformément à la loi, et, dans le cas d'une liberté conditionnelle de jour, le détenu à liberté conditionnelle est réputé continuer à purger sa période d'emprisonnement au lieu de détention d'où il a été relâché sur libération conditionnelle.

(2) Jusqu'à ce qu'une libération conditionnelle soit révoquée, frappée de déchéance ou suspendue, ou sauf en accord avec les modalités d'une libération conditionnelle de jour, le détenu n'est pas passible d'emprisonnement en raison de sa sentence. On doit le mettre et le laisser en liberté selon les modalités de la libération conditionnelle et sous réserve des dispositions de la présente loi. 1968-69, c. 38, art. 101.

16. (1) A member of the Board or any person designated by the Board may, by a warrant in writing signed by him, suspend any parole, other than a parole that has been discharged, and authorize the apprehension of a paroled inmate whenever he is satisfied that the arrest of the inmate is necessary or desirable in order to prevent a breach of any term or condition of the parole or for the rehabilitation of the inmate or the protection of society.

(2) A paroled inmate apprehended under a warrant issued under this section shall be brought as soon as conveniently may be before a magistrate, and the magistrate shall remand the inmate in custody until the suspension of his parole is cancelled or his parole is revoked or forfeited.

(3) The person by whom a warrant is signed pursuant to subsection (1) or any other person designated by the Board for the purpose shall forthwith after a remand by a magistrate of the paroled inmate named therein review the case and, within fourteen days from the time of such remand, either cancel the suspension of his parole or refer the case to the Board.

(4) The Board shall, upon the referral to it of the case of a paroled inmate whose parole has been suspended, review the case and cause to be conducted all such inquiries in connection therewith as it considers necessary, and forthwith upon completion of such inquiries and its review it shall either cancel the suspension or revoke the parole.

(5) An inmate who is in custody by virtue of this section shall be deemed to be serving his sentence. 1968-69, c. 38, s. 101.

Section 16 of the Act contemplates a two-stage procedure. Section 16(1) authorizes a member of the Board or any person designated by the Board to suspend a parole and authorize the apprehension "whenever he is satisfied that" (a) the arrest of the inmate is necessary or desirable in order to prevent a breach of any term or condition of the parole or for (b) the rehabilitation of the inmate or (c) the protection of society. Section 16(4) requires the Board, upon referral to it of the case of a paroled inmate whose parole has been suspended, to review the case and cause to be conducted all such inquiries as it considers necessary,

16. (1) Un membre de la Commission ou toute personne qu'elle désigne peuvent, au moyen d'un mandat écrit, signé par eux, suspendre toute libération conditionnelle d'un détenu à liberté conditionnelle autre qu'une libération conditionnelle des obligations de laquelle le détenu a été relevé et autoriser son arrestation, chaque fois qu'ils sont convaincus que l'arrestation du détenu est nécessaire ou souhaitable en vue d'empêcher la violation d'une modalité de la libération conditionnelle ou pour la réhabilitation du détenu ou la protection de la société.

(2) Un détenu à liberté conditionnelle arrêté en vertu d'un mandat émis aux termes du présent article doit être amené, aussitôt que la chose est commodément possible, devant un magistrat. Ce dernier doit renvoyer le détenu sous garde jusqu'à ce que la suspension de sa libération conditionnelle soit annulée ou que sa libération conditionnelle soit révoquée ou frappée de déchéance.

(3) La personne par laquelle un mandat est signé en conformité du paragraphe (1) ou toute autre personne désignée par la Commission à cette fin doit, immédiatement après le renvoi sous garde par un magistrat du détenu à liberté conditionnelle y désigné, examiner le cas et dans les quatorze jours à compter de ce renvoi doit, soit annuler la suspension de sa libération conditionnelle soit renvoyer l'affaire à la Commission.

(4) La Commission doit, lorsque lui est renvoyé le cas d'un détenu à liberté conditionnelle dont la libération conditionnelle a été suspendue, examiner le cas et faire effectuer toutes les enquêtes y relatives qu'elle estime nécessaires et immédiatement après que ces enquêtes et cet examen sont terminés, elle doit soit annuler la suspension, soit révoquer la libération conditionnelle.

(5) Un détenu qui est sous garde en vertu du présent article est censé purger sa sentence. 1968-69, c. 38, art. 101.

L'art. 16 de la Loi prévoit une procédure à deux temps. Le par. (1) de l'art. 16 donne à un membre de la Commission ou à toute personne que la Commission désigne le pouvoir de suspendre une libération conditionnelle et d'autoriser l'arrestation «chaque fois qu'ils sont convaincus» a) que l'arrestation du détenu est nécessaire ou souhaitable en vue d'empêcher la violation d'une modalité de la libération conditionnelle ou pour b) la réhabilitation du détenu ou c) la protection de la société. Le par. (4) de l'art. 16 impose à la Commission, lorsque lui est renvoyé le cas d'un détenu à liberté conditionnelle dont la libération conditionnelle a

following which it is required either to cancel the suspension or revoke the parole.

The nature and extent of the power of the Board and the manner of its exercise as well as the rights of a paroled inmate and the impact of the Board's decision upon those rights may determine whether there rests upon the Board the duty to act judicially, which in turn implies judicial function.

In my opinion in reaching a revocation of parole decision the Board is acting in a judicial capacity because the order of the Board (1) has a conclusive effect (2) is adjudicative (3) has a serious adverse effect upon "rights."

First, among the "tests" formulated by the late S. A. de Smith in *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed. p. 68, for determining whether a statutory body is acting in a judicial capacity when performing a particular function is this—does the performance of the function terminate in an order which has conclusive effect? In amplification, the author states, "The decisions of courts are binding and conclusive, inasmuch as they have the force of law without the need for confirmation or adoption by any other authority and cannot be impeached (if the court has acted within its jurisdiction) indirectly in collateral proceedings. This characteristic is generally regarded as one of the essential features of judicial power, and a body exercising powers which are of a merely advisory, deliberative, investigatory, or conciliatory character or which do not have legal effect until confirmed by another body, or involve only the making of a preliminary decision, will not normally be held to be acting in a judicial capacity." The decisions of the Board are not subject to appeal or review (s. 23). They are not investigatory or advisory. They are a final determination with conclusive effect.

été suspendue, le devoir d'examiner le cas et de faire effectuer toutes les enquêtes qu'elle estime nécessaires, à la suite de quoi elle doit soit annuler la suspension, soit révoquer la libération conditionnelle.

La nature et l'étendue du pouvoir de la Commission et le mode d'exercice de ce pouvoir aussi bien que les droits d'un détenu à liberté conditionnelle et la portée des décisions de la Commission sur ces droits peuvent être déterminants quant à savoir si la Commission a une obligation d'agir de façon judiciaire, qui en retour implique une fonction judiciaire.

A mon avis lorsque la Commission décide de révoquer une libération conditionnelle, elle agit à titre judiciaire parce que l'ordonnance de la Commission (1) est définitive, (2) tranche quelque chose et (3) a des conséquences préjudiciables graves sur «des droits».

D'abord, parmi les «critères» formulés par le regretté S.A. de Smith à la p. 68 de *Judicial Review of Administrative Action*, 3^e éd., pour décider si un organisme statuaire agit à titre judiciaire lorsqu'il accomplit une fonction particulière, il y a celui-ci: Est-ce que l'accomplissement de la fonction se traduit par une ordonnance dont l'effet est définitif? Développant son sujet, l'auteur mentionne, [TRADUCTION] "Les décisions des tribunaux ont pouvoir de lier et sont définitives, dans la mesure où elles ont force de loi sans nécessité de confirmation ou d'adoption par quelque autre autorité et où elles sont à l'abri d'attaques (si le tribunal a agi dans les limites de sa compétence) indirectes dans des procédures collatérales. Cette caractéristique est généralement considérée comme l'un des éléments essentiels d'un pouvoir judiciaire, et un organisme exerçant des pouvoirs qui sont simplement de nature consultative, délibérante, investigative, ou conciliatoire ou qui ne sont pas légalement efficaces sans confirmation par un autre organisme, ou qui ne s'appliquent seulement qu'à la prise d'une décision préliminaire, ne sera pas normalement considéré comme agissant à titre judiciaire." Les décisions de la Commission ne sont pas susceptibles d'appel ou de révision (art. 23). Elles ne sont pas investigatives ni consultatives. Elles sont des décisions finales emportant effet définitif.

Second, revocation of parole proceedings are not an adversary process, but it would be unrealistic not to recognize that there may be a conflict and an issue between the concern of the parolee in retaining his conditional liberty and the concern of the state in ensuring that public safety is not jeopardized unreasonably by continuance of that liberty. On an allegation of parole violation there are two separate and distinct determinations. (a) Has he violated the terms and conditions of parole? (b) If so, is revocation warranted? The first is a factual determination, made by the Board upon all the evidence including information elicited as a result of the inquiries initiated by the Board. That evidence is measured against a fixed objective standard, the terms and conditions of the parole. The conclusion reached as to whether the paroled inmate violated parole is a conclusion upon the evidence, not upon whim or caprice and in this decision discretion and policy play little or no part.

In *Bonanza Creek Hydraulic Concession v. The King*¹², Duff J. in reference to a determination by the Minister of the Interior, said to be the "sole and final Judge" of the fact of default by the lessee in a lease of mining location, had this to say:

"Is then the function of the Minister in arriving at a decision upon that question of fact—as distinct from his function in declaring a forfeiture—a function of a judicial nature? Or is his power to decide the question an absolute power which—so long only as he acts in good faith—it is permissible to exercise without regard to the principles governing judicial or quasi-judicial inquiries?"

I think it belongs to the former class. The stipulation imports inquiry, and a determination as the result of inquiry. It is not one of those cases in which a question is committed to the decision of an expert who is, solely or primarily to use Lord Esher's phrase "to employ his own eyes, knowledge and skill". It would be ridiculous to

¹² (1908), 40 S.C.R. 281.

En second lieu, les procédures de révocation de libération conditionnelle ne sont pas contradictoires, mais ce ne serait pas réaliste que de ne pas reconnaître qu'il peut exister un conflit et un litige entre l'intérêt du libéré conditionnel à demeurer en liberté conditionnelle et l'intérêt de l'État à s'assurer que la sécurité du public ne soit pas déraisonnablement menacée par une continuation de cette liberté. Lors d'une allégation de bris de libération, on doit décider deux questions séparées et distinctes. a) Y a-t-il eu violation des modalités de la libération conditionnelle? b) Dans l'affirmative, la révocation est-elle justifiée? La première décision est une décision quant au fait, prise par la Commission en se fondant sur l'ensemble de la preuve y inclus les renseignements recueillis à la suite des enquêtes amorcées par la Commission. Cette preuve est jugée par rapport à un critère objectif déterminé, les modalités de la libération conditionnelle. La conclusion à laquelle on arrive sur la question de savoir si le détenu à libération conditionnelle a violé les conditions de la libération est une conclusion fondée sur la preuve, non pas sur la fantaisie ou le caprice, et la discrétion ainsi que la politique de la Commission jouent peu ou point dans cette décision.

Dans l'arrêt *Bonanza Creek Hydraulic Concession c. Le Roi*¹², le juge Duff, parlant d'une décision du Ministre de l'Intérieur, considéré comme étant [TRADUCTION] «le seul et dernier juge» quant au fait d'un manquement du locataire dans la cession à bail d'une concession minière, a déclaré ceci:

[TRADUCTION] «La fonction du Ministre en prenant une décision relative à cette question de fait—fonction distincte de celle qui consiste à déclarer une déchéance—est-elle une fonction de nature judiciaire? Ou son pouvoir de décider la question est-il un pouvoir absolu qu'il peut—sous la seule réserve qu'il agisse de bonne foi—exercer sans égard aux principes régissant les enquêtes judiciaires ou quasi judiciaires?»

Je pense que cette fonction relève de cette dernière catégorie. La clause comporte une enquête et une décision à la suite de l'enquête. Il ne s'agit pas de l'un de ces cas dans lesquels une question est déferée à la décision d'un expert qui doit, exclusivement ou principalement, pour employer l'expression de Lord Esher, «se fonder sur

¹² (1908), 40 R.C.S. 281.

suppose either party to have contemplated that the minister should ascertain, from his own personal inspection of the ground and by use of his own knowledge and skill, whether a given amount had been expended by the lessees in a given year in the efficient working of their location. It must have been assumed that he would rely upon knowledge obtained at second hand—not by any means necessarily through evidence of such a character as would be admissible in the court of law—but by possessing himself of the results of the observation, knowledge, and investigations of others. Having then an inquiry of such a character provided for in an instrument *inter partes*—an inquiry which might, in the result, lead to the forfeiture of the rights of one of the parties—the proper view I think of the function of the person appointed to conduct it, there being nothing in the instrument to manifest a contrary intention, is that in the course of it he is bound to observe the requirements of substantial justice; and those requirements are not observed, if he reaches a decision adverse to the party whose rights may be thus affected, without first giving that party an opportunity both to know what is alleged against him, and to meet it.”

It is in the making of the second determination *i.e.* the terms and conditions of parole having been violated, is revocation warranted—that discretion and considerations of policy play their part. In my opinion the first determination partakes of the quality of a judicial or quasi-judicial determination and I confess grave concern that it should ever be reached without giving the subject of the inquiry some indication of what has been said against him and an opportunity to respond. Failure to do so can surely only engender bitter feelings of injustice.

It is clear that the Board, in considering whether parole should be revoked, is not required to grant a personal interview to the inmate or to any person on his behalf (s. 12), but this does not, expressly or by necessary implication, preclude an inmate from receiving from the Parole Board a statement of the reasons for revocation, or proposed revocation, of his parole; nor should it preclude the inmate from making such representations as he may wish, in writing, or at an informal hearing if the Board

ses propres observations, ses propres connaissances et sa propre compétence». Il serait ridicule de supposer que l'une ou l'autre des parties ait envisagé que le Ministre devrait vérifier, en procédant personnellement à l'examen des lieux et en faisant appel à ses propres connaissances et sa propre compétence, si une somme donnée a été dépensée par les locataires dans une année donnée pour l'exploitation effective de leur concession minière. On doit s'attendre qu'il puisse s'appuyer sur une connaissance des faits obtenue de seconde main—non pas de toute nécessité à l'aide d'une preuve qui par sa nature serait recevable devant les tribunaux—mais en prenant connaissance des résultats des observations, des connaissances et des enquêtes de d'autres personnes. Lorsqu'une convention entre des parties prévoit une enquête de telle nature—une enquête qui pourrait, en définitive, entraîner la déchéance des droits de l'une des parties—je crois que la juste façon d'envisager la fonction de la personne désignée pour instruire l'enquête, si aucune clause de la convention ne révèle une intention contraire, est que la personne menant l'enquête doit observer les exigences fondamentales de la justice; et ces exigences ne sont pas observées si cette personne en arrive à une décision préjudiciable à la partie dont les droits peuvent alors être atteints sans d'abord donner à cette partie l'occasion de savoir ce qui lui est reproché et aussi de pouvoir y répondre.»

C'est dans l'élaboration de la seconde décision ou réponse, c.-à-d. les modalités de la libération ayant été violées, la révocation est-elle justifiée—que la discrétion et les considérations de politique entrent en jeu. A mon avis, la première décision participe de la nature d'une décision judiciaire et quasi judiciaire et j'avoue qu'il me préoccupe grandement qu'elle puisse être prise sans donner à la personne faisant l'objet de l'enquête aucun indice de ce qui a pu être dit contre elle et sans lui donner l'occasion d'y répondre. Cette omission ne peut certainement que provoquer des sentiments amers d'injustice.

Il est clair que la Commission, en examinant si une libération conditionnelle doit être révoquée, n'est pas tenue d'accorder une entrevue personnelle au détenu ni à quelque personne agissant en son nom (art. 12), mais cela n'empêche pas, expressément ou par voie de conséquence nécessaire, que le détenu reçoive de la Commission des libérations conditionnelles un exposé des motifs de la révocation, ou de la révocation proposée, de sa libération conditionnelle; cela ne devrait pas non

prefers. There is no doubt a paroled inmate, on revocation of parole proceedings, cannot claim to be entitled to the full panoply of rights accorded to an accused in a criminal prosecution but he is entitled under the law in my opinion to at least the minimal procedural protection to which I have referred.

Third, parole revocation may seriously and adversely affect "rights" of the paroled inmate. Generally speaking if "rights" are affected by the order or decision of a board or other tribunal the function will be classified as judicial or quasi-judicial and this is particularly so when the exercise of administrative power seriously encroaches on property rights or the enjoyment of personal liberty. I would reject out of hand any suggestion that because a paroled inmate is a convicted criminal he stands denuded of civil rights. Parole is a right which may be granted pursuant to the *Parole Act*; when granted the paroled inmate is entitled to expect that if he observes the terms and conditions of his parole and is otherwise of good behaviour, he will remain at large. The essence of parole is the release upon conditions.

The term of imprisonment of a paroled inmate is, while the parole remains unrevoked and unforfeited, deemed to continue in force until the expiration thereof according to law. Section 13(2) of the Act provides, however, that until the Parole is revoked, forfeited, or suspended the inmate is not liable to be imprisoned by reason of his sentence, and he shall be allowed to go and remain at large according to the terms and conditions of the parole and subject to the provisions of the Act.

The gravity of the impact of revocation upon the rights of a parolee requires no emphasis. Upon revocation he is reincarcerated. He loses the statu-

plus empêcher le détenu de faire par écrit les observations qu'il désirerait faire, ou de les faire à une audience privée si la Commission le préfère. Il n'y a aucun doute qu'un détenu à liberté conditionnelle, au cours des procédures de révocation d'une libération conditionnelle, ne peut pas revendiquer la complète panoplie des droits reconnus à un accusé dans une poursuite pénale mais à mon avis la loi lui accorde au moins, au cours des procédures, le minimum de protection que j'ai mentionné.

Troisièmement, la révocation de libération conditionnelle peut porter de sérieux préjudices aux «droits» du détenu à liberté conditionnelle. Règle générale si des «droits» sont visés par l'ordonnance ou la décision d'une commission ou d'un autre tribunal, leur fonction sera considérée comme judiciaire ou quasi judiciaire et ceci s'applique particulièrement lorsque l'exercice du pouvoir administratif porte sérieusement atteinte aux droits de propriété ou à la jouissance de la liberté personnelle. Je rejette d'emblée toute prétention qu'un détenu à liberté conditionnelle, parce qu'il a été trouvé coupable d'un crime, est dépourvu de tous ses droits civils. La libération conditionnelle est un droit qui peut être accordé sous le régime de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*; lorsqu'une libération conditionnelle lui est accordée le détenu a le droit de s'attendre que s'il observe les modalités de sa libération conditionnelle et qu'il a d'autre part une bonne conduite, il demeurera en liberté. L'essence de la libération conditionnelle est la mise en liberté selon certaines conditions.

La période d'emprisonnement d'un détenu à liberté conditionnelle, tant que cette dernière continue d'être ni révoquée ni frappée de déchéance, est réputée rester en vigueur jusqu'à son expiration conformément à la loi. Le par. (2) de l'art. 13 de la Loi énonce cependant que jusqu'à ce que une libération conditionnelle soit révoquée, frappée de déchéance ou suspendue le détenu n'est pas passible d'emprisonnement en raison de sa sentence. On doit le mettre et le laisser en liberté selon les modalités de la libération conditionnelle et sous réserve des dispositions de la Loi.

Il n'est pas nécessaire d'insister sur la gravité des effets d'une révocation sur les droits du libéré conditionnel. La révocation signifie qu'il est de

tory remission standing to his credit at the time of his release on parole (210 days in the case of Mr. Howarth) and he gets no credit for time served while on parole (779 days in the case of Mr. Howarth).

In short it does seem to me that one need not look far to find within the function of the National Parole Board, having regard to the nature of its duties and the disciplinary effect of its order, identifiable judicial features.

I would now advert to the decision of this Court in *Ex parte McCaud*¹³, in which Mr. Justice Spence stated "The question of whether that sentence must be served in a penal institution or may be served while released from the institution and subject to the conditions of parole is altogether a decision within the discretion of the Parole Board as an administrative matter and is not in any way a judicial determination." In *McCaud's* case, Spence J. and the Court considered the claim of the paroled inmate to a right to a "hearing". Counsel for McCaud relied only on the *Bill of Rights*. Spence J. was adverting to the traditional distinction between a decision of a judicial nature and a decision of an administrative nature and not to the novel type of decisions introduced by s. 28(1) of the *Federal Act*. The judgment in *Ex parte McCaud* was delivered prior to the introduction of s. 28 (1) of the *Federal Court Act* which now focuses attention on decisions or orders of federal boards which, though of an administrative nature, are nevertheless required to be made on a judicial or quasi-judicial basis. There is a further consideration. Since *McCaud* s. 16(4) of the *Parole Act* has been amended to require the Board upon the referral to it of the case of a paroled inmate whose parole has been suspended, to cause to be conducted all such inquiries as it considers necessary and the decision to cancel the suspension or revoke the parole is not to be made until completion of such inquiries and the Board's review of the case. There is imposed, therefore, an

nouveau incarcéré. Il perd la réduction statutaire inscrite à son crédit au moment de sa libération conditionnelle (210 jours dans le cas de M. Howarth) et il ne peut profiter d'une réduction de peine pour la période de sa sentence qu'il a purgée en liberté conditionnelle (779 jours dans le cas de M. Howarth).

En résumé, il ne m'apparaît pas qu'il faille approfondir très profondément la fonction de la Commission nationale des libérations conditionnelles, considérant la nature de ses devoirs et les sanctions découlant de ses décisions, pour y retrouver des caractéristiques judiciaires marquées.

Je passe maintenant à l'arrêt de cette Cour dans *Ex parte McCaud*¹³, où M. le juge Spence déclarait [TRADUCTION] «C'est la Commission des libérations conditionnelles qui décide, à sa discrétion, si la sentence sera purgée dans une institution pénitentiaire ou à l'extérieur aux conditions de la libération; cette décision est de nature administrative et n'est aucunement une décision judiciaire.» Dans l'affaire *McCaud*, le juge Spence et la Cour ont examiné la prétention du détenu à liberté conditionnelle au droit à une «audition». L'avocat de McCaud s'est appuyé seulement sur la *Déclaration des droits*. Le juge Spence faisait allusion à la distinction traditionnelle entre une décision de nature judiciaire et une décision de nature administrative et non pas à la nouvelle catégorie de décisions que le par. (1) de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* a introduite. L'arrêt *Ex parte McCaud* a été rendu avant la mise en vigueur du par. (1) de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui maintenant met l'accent sur les décisions ou ordonnances d'offices fédéraux qui, bien qu'étant de nature administrative, sont néanmoins légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Il y a autre chose à considérer. Depuis l'arrêt *McCaud*, le par. (4) de l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* a été modifié de façon que la Commission soit tenue, lorsque lui est renvoyé le cas d'un détenu à libération conditionnelle dont la libération conditionnelle a été suspendue, de faire effectuer toutes les enquêtes qu'elle estime nécessaires et la décision

¹³ [1965] 1 C.C.C. 168.

¹³ [1965] 1 C.C.C. 168.

obligation to make the necessary inquiries and upon the evidence so obtained and its review, to reach a decision. This amendment serves to aid in characterizing the parole revocation function of the National Parole Board as judicial or quasi-judicial and in distinguishing *McCaud's* case from the present case.

I do not consider that *Ex parte McCaud* stands in the way of assuring a paroled inmate minimal procedural safeguards.

In the result I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and remit the proceedings to that Court to be dealt with under s. 28 of the *Federal Court Act* and the General Rules and Orders of the Federal Court of Canada applicable thereto.

The judgment of Martland, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal by leave of this Court from a judgment of the Federal Court of Appeal quashing an application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review an order of the National Parole Board revoking a parole granted to the appellant. The reason for quashing the application was that the Board's order was of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis.

In view of the argument addressed to the Court at the hearing, it must be stressed that s. 28 of the *Federal Court Act* operates as an exception to the general provision of s. 18, whereby supervisory jurisdiction over federal boards is wholly transferred from the superior courts of the provinces to the Trial Division of the Federal Court in the following words:

18. The Trial Division has exclusive original jurisdiction

d'annuler la suspension ou de révoquer la libération conditionnelle ne peut être fait avant que ces enquêtes soient terminées et que la Commission ait examiné le cas. Il impose donc une obligation d'effectuer les enquêtes nécessaires et, d'après la preuve ainsi obtenue et son examen, de rendre une décision. Cette modification est utile pour caractériser le pouvoir de révocation de libération conditionnelle exercé par la Commission nationale des libérations conditionnelles comme un pouvoir judiciaire ou quasi judiciaire et elle permet de faire la distinction entre l'arrêt *McCaud* et la présente affaire.

Je ne crois pas que l'arrêt *Ex parte McCaud* soit un obstacle qui empêche d'assurer au détenu à liberté conditionnelle le droit de bénéficier d'un minimum de garanties de procédure.

En conséquence j'accueillerais le pourvoi, j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et je renverrais le dossier à cette Cour-là pour qu'elle en dispose conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et aux Règles de la Cour fédérale du Canada qui s'appliquent en l'espèce.

Le jugement des juges Martland, Judson, Pigeon et de Grandpré a été rendu par.

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi, autorisé par cette Cour, est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale annulant une requête faite en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, à l'encontre d'une ordonnance de la Commission nationale des libérations conditionnelles révoquant la libération conditionnelle de l'appelant. Le motif de l'annulation de la requête est que l'ordonnance de la Commission est de nature administrative et n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Vu les plaidoiries soumises à l'audition, il faut souligner que l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* fait exception à la règle générale de l'art. 18, en vertu duquel le pouvoir de surveillance sur les offices fédéraux est entièrement transféré des cours supérieures des provinces à la Division de première instance de la Cour fédérale dans les termes suivants:

18. La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

The material part of s. 28 reads:

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 . . .

It will be seen that while supervisory jurisdiction over federal boards is conferred generally upon the Trial Division without any restriction as to the nature of the decision under consideration, the new remedy created by s. 28 is restricted in its application to judicial decisions or to administrative orders required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. It is only in respect of such decisions or orders that the new remedy equivalent to an appeal is made available. Thus, the clear effect of the combination of ss. 18 and 28 is that a distinction is made between two classes of orders of federal boards. Those that, for brevity, I will call judicial or quasi-judicial decisions are subject to s. 28 and the Federal Court of Appeal has wide powers of review over them. The other class of decisions comprises those of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. With respect to that second class, the new remedy of s. 28, the kind of appeal to the Appeal Division, is not available, but all the other remedies, all the common law remedies, remain unchanged by the *Federal Court Act*. The only difference is that the jurisdiction is no longer exercisable by the superior courts of the provinces, but only by the Trial

a) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

Le passage pertinent de l'art. 28 se lit comme suit:

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 . . .

On voit que si le pouvoir de surveillance sur les offices fédéraux est conféré de façon générale à la Division de première instance sans aucune restriction quant à la nature de la décision mise en question, l'application du nouveau recours institué par l'art. 28 est restreinte aux décisions ou ordonnances de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. C'est seulement à l'égard de telles décisions ou ordonnances que le nouveau recours équivalent à un appel est admissible. Ainsi, l'effet évident des art. 18 et 28 combinés est d'établir une distinction entre deux catégories d'ordonnances d'offices fédéraux. Celles que, pour être concis, j'appellerai des décisions judiciaires ou quasi judiciaires, sont assujetties à l'art. 28, et la Cour d'appel fédérale a, à leur égard, des pouvoirs d'examen étendus. L'autre catégorie de décisions comprend celles qui sont de nature administrative et ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. A l'égard de cette seconde catégorie, le nouveau recours de l'art. 28, une sorte d'appel à la Division d'appel, n'est pas admissible, mais tous les autres recours, ceux de droit commun, demeurent inchangés. La seule différence c'est que la compétence en la matière ne

Division of the Federal Court. The very fact that such a distinction is made shows that the s. 28 application is not intended to be available against all administrative board decisions.

The reason I am stressing this point is that in argument, Counsel for the appellant relied mainly on cases dealing with the duty of fairness lying upon all administrative agencies, in the context of various common law remedies. These are, in my view, completely irrelevant in the present case because a s. 28 application is an exception to s. 18 and leaves intact all the common law remedies in the cases in which it is without application. The Federal Court of Appeal did not consider, in quashing the application, whether the Parole Board order could be questioned in proceedings before the Trial Division. No facts were put in evidence and the only point dealt with was whether the impugned order was one that could be said to be required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. In my view, this was the correct approach and it was also correctly held that the point was settled by the decision of this Court affirming the judgment of Spence J. in *Ex parte McCaud*¹⁴, where he said (at p. 169):

The question of whether that sentence must be served in a penal institution or may be served while released from the institution and subject to the conditions of parole is altogether a decision within the discretion of the Parole Board as an administrative matter and is not in any way a judicial determination.

Those words were said, on an application for a writ of *habeas corpus*, with respect to an order revoking the applicant's parole. I can perceive no material difference between the expression "not in any way a judicial determination" and "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis".

¹⁴ [1965] 1 C.C.C. 168.

peut plus être exercée par les cours supérieures des provinces mais seulement par la Division de première instance de la Cour fédérale. Le seul fait d'établir cette distinction démontre que la demande en vertu de l'art. 28 n'est pas admissible à l'encontre de toutes les décisions d'offices administratifs.

J'insiste sur ce point parce que, dans sa plaidoirie, l'avocat de l'appellant s'est appuyé surtout sur des arrêts qui, dans le contexte des recours de droit commun, traitent du devoir d'être justes qui incombe à tous les organismes administratifs. Ces arrêts sont, à mon avis, sans rapport aucun avec la présente affaire parce que l'art. 28 est une exception à l'art. 18 et laisse intacts tous les recours de droit commun dans les cas où l'art. 28 ne s'applique pas. La Cour d'appel fédérale n'a pas considéré, en annulant la demande, si l'ordonnance de la Commission des libérations conditionnelles pouvait être contestée par des procédures devant la Division de première instance. Aucun fait n'a été mis en preuve et le seul point dont on a traité a été de savoir si l'ordonnance attaquée est de celles que l'on peut considérer comme légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. A mon avis, cette façon d'aborder le litige était correcte et c'est à bon droit qu'on a statué que le point se trouvait réglé par l'arrêt de cette Cour confirmant le jugement de M. le juge Spence dans *Ex parte McCaud*¹⁴, où il a dit (à la p. 169):

[TRADUCTION] C'est la Commission des libérations conditionnelles qui décide, à sa discrétion, si la sentence sera purgée dans une institution pénitentiaire ou à l'extérieur aux conditions de la libération; cette décision est de nature administrative et n'est aucunement une décision judiciaire.

On a ainsi statué sur une demande d'émission d'un bref d'*habeas corpus* faite à la suite d'une ordonnance qui révoquait la libération conditionnelle du requérant. Je ne puis discerner aucune différence appréciable entre l'expression «n'est aucunement une décision judiciaire» et les termes «qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire».

¹⁴ [1965] 1 C.C.C. 168.

In my view, no case was made for reconsidering that decision. I fail to see how the enactment of the *Federal Court Act* could be considered as having the effect of changing the law in that respect, s. 28(1) clearly refers to the law as it stood at the time. The law concerning the duty of the Parole Board in making a decision on a parole had been conclusively determined by a recent judgment of this Court. Parliament should not be presumed to have acted in ignorance of that determination. In *North British Railway v. Budhill Coal and Sandstone Company*¹⁵, Lord Loreburn said (at p. 127): “When an Act of Parliament uses a word which has received a judicial construction it presumably uses it in the same sense”.

With respect to subsequent amendments to the *Parole Act*, I cannot agree with the suggestion that the new wording of what is now s. 16(4) implies an intention to require the Board to act on a judicial or quasi-judicial basis in revoking a parole. At the time *Ex parte McCaud* was decided, s. 12.3 of the *Parole Act* (1958 (Can.), c. 38) read:

(3) The Board shall forthwith after a remand by a magistrate under subsection (2) review the case and shall either cancel the suspension or revoke the parole.

In the new section enacted by s. 101 of the *Criminal Law Amendment Act*, (1968-69 (Can)), the corresponding provision (now s. 16.4) reads:

(4) The Board shall, upon the referral to it of the case of a paroled inmate whose parole has been suspended, review the case and cause to be conducted all such inquiries in connection therewith as it considers necessary, and forthwith upon completion of such inquiries and its review it shall either cancel the suspension or revoke the parole.

With deference for those who may hold a different view, I cannot agree that the addition of an explicit direction to make inquiries has changed the administrative “review” of the parole suspen-

A mon sens, il n'est pas démontré qu'il y ait lieu de reconsidérer l'arrêt. Je ne vois rien dans la *Loi sur la Cour fédérale* qui puisse être considéré comme emportant modification du droit à cet égard. Le par. (1) de l'art. 28 se rapporte clairement au droit tel qu'il existait lorsqu'on l'a édicté. Au sujet des devoirs de la Commission des libérations conditionnelles statuant sur une libération conditionnelle, il venait d'être fixé définitivement par un jugement récent de cette Cour. On ne doit pas présumer que le Parlement a légiféré sans en tenir compte. Dans l'arrêt *North British Railway v. Budhill Coal and Sandstone Company*¹⁵, lord Loreburn a dit (à la p. 127): [TRADUCTION] «Lorsque, dans une loi du Parlement, on trouve un mot que les tribunaux ont déjà interprété, il y a lieu de présumer qu'il y est pris dans ce sens-là».

Touchant les modifications subséquentes de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, je ne puis admettre que le nouveau texte de ce qui est maintenant le par. (4) de l'art. 16 implique l'intention d'obliger la Commission à agir selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire lorsqu'elle révoque une libération. Quand l'arrêt *Ex parte McCaud* a été rendu, l'art. 12.3 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* (1958 (Can.), c. 38) se lisait comme suit:

(3) Immédiatement après le renvoi prononcé par un magistrat selon le paragraphe (2), la Commission doit examiner le cas et annuler la suspension ou révoquer la libération conditionnelle.

Dans le nouvel article édicté par l'art. 101 de la *Loi modifiant le droit pénal*, (1968-69 (Can.)), la disposition correspondante (maintenant l'art. 16.4) se lit comme suit:

(4) La Commission doit, lorsque lui est renvoyé le cas d'un détenu à liberté conditionnelle dont la libération conditionnelle a été suspendue, examiner le cas et faire effectuer toutes les enquêtes y relatives qu'elle estime nécessaires et immédiatement après que ces enquêtes et cet examen sont terminés, elle doit soit annuler la suspension, soit révoquer la libération conditionnelle.

Avec déférence pour ceux qui peuvent être d'un autre avis, je ne puis convenir que l'addition d'une directive explicite prescrivant d'effectuer des enquêtes ait changé l'examen administratif de la

¹⁵ [1910] A.C. 116.

¹⁵ [1910] A.C. 116.

sion by the Parole Board into a judicial or quasi-judicial operation. Practically all the argument addressed to us by Counsel for appellant merely tended to show that a case could possibly be made for some common law remedy, that the Parole Board must have a duty to act fairly, not that it has to decide on a judicial or quasi-judicial basis.

In *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*¹⁶, this Court rejected the contention that the duty to act judicially arose whenever private rights were affected. Martland J. said for the Court (at p. 30):

... the respondent submitted that a function is of a judicial or quasi-judicial character when the exercise of it effects the extinguishment or modification of private rights or interests in favour of another person, unless a contrary intent clearly appears from the statute. This proposition, it appears to me, goes too far in seeking to define functions of a judicial or quasi-judicial character. In determining whether or not a body or an individual is exercising judicial or quasi-judicial duties, it is necessary to examine the defined scope of its functions and then to determine whether or not there is imposed a duty to act judicially. As was said by Hewart L.C.J., in *Rex v. Legislative Committee of the Church Assembly* (1928, 1 K.B. 411 at 415):

In order that a body may satisfy the required test it is not enough that it should have legal authority to determine questions affecting the rights of subjects; there must be super-added to that characteristic the further characteristic that the body has the duty to act judicially.

This passage was cited with approval by the Judicial Committee of the Privy Council in *Nakkuda Ali v. M.F. DeS. Jayaratne* (1951 A.C. 66, 1950, 2 W.W.R. 927).

It should be noted that the denial of *habeas corpus* in *McCaud* was based exclusively on a finding that a revocation of parole is "a decision within the discretion of the Parole Board as an administrative matter and is not, in any way, a judicial determination". In his reasons affirmed by

¹⁶ [1959] S.C.R. 24.

suspension de libération conditionnelle par la Commission des libérations conditionnelles en un acte judiciaire ou quasi judiciaire. Pratiquement toute l'argumentation qui nous a été présentée par l'avocat de l'appellant tend simplement à démontrer qu'on pourrait possiblement justifier quelque recours de droit commun, que la Commission des libérations conditionnelles doit toujours être juste, non pas qu'elle doit décider selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Dans l'arrêt *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*¹⁶, cette Cour a rejeté la prétention que l'obligation d'agir de façon judiciaire s'impose dès que des droits individuels sont visés. M. le juge Martland a déclaré au nom de la Cour (à la p. 30):

[TRADUCTION] ... l'intimé a prétendu qu'une fonction est de nature judiciaire ou quasi judiciaire lorsque son exercice entraîne l'extinction ou la modification de droits ou d'intérêts individuels au profit d'une autre personne, à moins qu'une intention contraire ne se dégage distinctement de la disposition législative. Cette proposition, à mon avis, va trop loin en définissant ainsi les fonctions de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Pour déterminer si un organisme ou une personne exerce des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, il est nécessaire d'examiner l'objet précis de ses fonctions et ensuite de déterminer si on lui fait un devoir d'agir de façon judiciaire. Comme le disait le juge en chef Lord Hewart dans l'arrêt *R. v. Legislative Committee of the Church Assembly* (1928, 1 K.B. 411 à 415):

[TRADUCTION] Pour répondre au critère exigé, il ne suffit pas qu'un organisme soit habilité par la loi à trancher des questions touchant les droits de citoyens; il faut qu'en plus il soit tenu d'agir de façon judiciaire.

Ce passage a été cité et approuvé par le comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *Nakkuda Ali v. M.F. DeS. Jayaratne* (1951 A.C. 66, 1950, 2 W.W.R. 927).

On doit remarquer que le refus de l'*habeas corpus* dans *McCaud* était fondé exclusivement sur la conclusion qu'une révocation de libération conditionnelle est une décision que la Commission des libérations conditionnelles rend [TRADUCTION] «à sa discrétion...; cette décision est de

¹⁶ [1959] R.C.S. 24.

the Court, Spence J. said (at p. 170):

Section 19 (now s. 23) of the *Parole Act* provides:

“19. An order, warrant or decision made or issued under this Act is not subject to appeal or review to or by any court or other authority.”

Were I of the opinion that there had been any action by the Board beyond its jurisdiction, I would not be of the opinion that the latter section would be effective to bar consideration by the Court.

Because, in my view, s. 28.1 of the *Federal Court Act* is inapplicable due to the nature of the decision under consideration, it is unnecessary to consider whether the opening words “Notwithstanding s. 18 or the provisions of any other Act” exclude the application of a provision such as s. 23 of the *Parole Act* or whether they refer only to provisions of the same kind as s. 18 of the *Federal Court Act*, that is a provision conferring jurisdiction to some court or tribunal. It is apparent that if those opening words are construed as nullifying every provision restricting or denying the judicial review of decisions of federal boards not coming within the stated exception, this means that beyond a transfer of jurisdiction an important change in the substantive law has been effected. On this point, I am expressing no opinion any more than on the question whether, notwithstanding s. 23 of the *Parole Act*, some remedy before the Trial Division of the Federal Court is open in a case like this.

I would dismiss the appeal.

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the opinions of Mr. Justice Pigeon and of Mr. Justice Dickson.

I agree with Mr. Justice Pigeon.

It may be unfortunate that, under s. 20 (1) of the *Parole Act*, statutory remission for time served on parole by an inmate and earned remission

nature administrative et n'est aucunement une décision judiciaire». Dans ses motifs qui ont été confirmés par cette Cour, M. le juge Spence disait (à la p. 170):

[TRADUCTION] L'article 19 (maintenant l'art. 23) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* édicte:

«19. Un ordre donné, un mandat décerné ou une décision rendue en vertu de la présente loi n'est susceptible d'aucun appel à un tribunal ou à une autre autorité, ou d'aucune révision par un tribunal ou une autre autorité.

Si j'étais d'avis que la Commission a outrepassé sa compétence de quelque façon, je ne considérerais pas que ce dernier article fait obstacle à l'examen de sa décision par la Cour.

Parce qu'à mon avis l'art. 28.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* est inapplicable en raison de la nature de la décision à examiner, il n'est pas nécessaire de considérer si les premiers mots «Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi» écartent une disposition telle que l'art. 23 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* ou s'ils visent seulement des dispositions de la nature de celles que l'on retrouve à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, c'est-à-dire des dispositions ayant pour objet d'attribuer une compétence à quelque cour ou tribunal. Il est évident que si l'on interprète ces mots comme écartant toutes dispositions limitant ou déniaient le contrôle judiciaire des décisions des organismes fédéraux non compris dans l'exception énoncée, cela signifie qu'en plus d'un transfert de compétence il y a eu modification importante du droit. Sur ce point, je n'exprime pas d'opinion non plus que sur la question de savoir si, nonobstant l'art. 23 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, il existe quelque voie de recours devant la Division de première instance de la Cour fédérale dans un cas comme celui-ci.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les opinions de M. le juge Pigeon et de M. le juge Dickson.

Je suis d'accord avec M. le juge Pigeon.

Il est peut-être malheureux qu'en vertu du par. (1) de l'art. 20 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, la réduction statutaire de

standing to an inmate's credit at the time of his release on parole be lost automatically upon revocation, particularly since parole may be suspended and, presumably, revoked for reasons which are not necessarily connected with a breach of the terms or conditions of the parole. However, this in my view does not change the nature of the decision of the Parole Board when it revokes a parole granted to an inmate.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE and DICKSON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Ronald R. Price, Kingston.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

peine pour la période purgée lorsque le détenu était en libération conditionnelle et la réduction méritée inscrite à son crédit au moment de sa mise en liberté sous libération conditionnelle soient perdues automatiquement lors de la révocation de la libération, surtout si l'on tient compte du fait que la libération peut être suspendue et, présument, révoquée pour des motifs qui ne sont pas nécessairement reliés à la violation des modalités de la libération conditionnelle. Cela, cependant, n'a pas pour effet, à mon avis, de changer la nature de la décision de la Commission des libérations conditionnelles lorsqu'elle révoque une libération conditionnelle accordée à un détenu.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et DICKSON étant dissidents.

Procureur de l'appelant: Ronald R. Price, Kingston.

Procureur de l'intimé: Solliciteur général adjoint du Canada, Ottawa.

Interprovincial Co-operatives Limited
(Defendant) Appellant;

and

Dryden Chemicals Limited (Defendant)
Appellant;

and

**Her Majesty The Queen in right of the
Province of Manitoba** (Plaintiff) Respondent.

1974: March 8, 11, 12; 1975: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Constitutional law—Contaminant discharged into Ontario and Saskatchewan rivers carried into Manitoba waters—Damage to Manitoba fisheries—The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, 1970 (Man.), c. 32 (Continuing Consolidation F100)—Whether statute ultra vires the Legislature of Manitoba.

In an action brought by the respondent as assignee of 1590 persons who received financial assistance under *The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, 1970 (Man.), c. 32*, it was alleged that the appellants caused damage to Manitoba's fisheries by allowing mercury to be discharged from their respective chlor-alkali plants in Saskatchewan and Ontario which mercury was carried into Manitoba by the natural flow of the rivers in which the discharge took place.

In addition to the common law, Manitoba relied on *The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*, in which it is provided that Manitoba may recover as damages caused by pollution the amount of assistance payments made to fishermen or the actual loss, whichever is greater (s. 3(3)). A statutory liability was created against any person having discharged a contaminant either "into waters in the province or into any waters whereby it is carried into waters in the province" (s. 4(1)). It was also provided that it is not a lawful excuse "to show that the discharge of the contaminant was permitted by the appropriate regulatory authority having jurisdiction at the place where the discharge occurred, if that regulatory authority did not also have jurisdiction at the place where the contaminant caused damage to the fishery" (s. 4(2)).

Interprovincial Co-operatives Limited
(Défenderesse) Appelante;

et

Dryden Chemicals Limited (Défenderesse)
Appelante;

et

**Sa Majesté La Reine du chef de la province
du Manitoba** (Demanderesse) Intimée.

1974: les 8, 11 et 12 mars; 1975: le 26 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland,
Judson, Ritchie, Spence, Pigeon et Beetz.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel—Polluant déversé dans des rivières de la Saskatchewan et de l'Ontario et charrié dans les eaux manitobaines—Dommages aux pêcheries du Manitoba—The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, 1970 (Man.), c. 32 (Statuts révisés mis à jour F100)—La loi outrepassé-t-elle les pouvoirs de la Législature du Manitoba?

Dans une action intentée par l'intimée, à titre de subrogée de 1,590 personnes qui ont reçu une aide financière du *Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, 1970 (Man.), c. 32*, on allègue que les appelantes ont causé des dommages aux pêcheries du Manitoba en permettant que leurs usines de chlore et de soude caustique, situées respectivement en Saskatchewan et en Ontario, déversent du mercure qui a été charrié au Manitoba par l'écoulement naturel des rivières dans lequel le déversement s'est effectué.

En plus de la *common law*, le Manitoba a invoqué le *Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*, selon lequel le Manitoba peut recouvrer à titre de dommages-intérêts pour le préjudice causé par la pollution, le plus élevé des montants suivants: le montant des prestations versées aux pêcheurs ou le montant de la perte réelle (art. 3(3)). La loi crée une responsabilité à l'encontre de toute personne qui a déversé un polluant soit «dans les eaux de la province ou dans toutes autres eaux qui charrient le polluant dans les eaux de la province» (act. 4(1)). Il est également prévu que ne sera pas considérée comme excuse légitime «la preuve qu'un déversement du polluant a été autorisé par l'organisme de contrôle compétent à l'endroit où le déversement s'est effectué, si cet organisme n'est pas également compétent à l'endroit où le polluant a causé des dommages aux pêcheries» (art. 4(2)).

On a motion to strike out the allegations related to the Act, Matas J. held that the Act was beyond the powers of the Manitoba Legislature. On appeal, the majority of the Court of Appeal upheld the validity of the Act. From that decision the defendant companies appealed to this Court.

Held (Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Martland, Pigeon and Beetz JJ.: A province, as owner of inland fisheries in its territory, is entitled to legislate for the protection of its property. However, in respect of injury caused by acts performed outside its territory, this cannot be treated as a matter within its legislative authority when those acts are done in another province any more than when they are accomplished in another country. Although the injurious acts cannot be justified by or under legislation adopted in the province or state where the plants are operated, by the same token, Manitoba is restricted to such remedies as are available at common law or under federal legislation.

The acts of the appellants necessarily have an interprovincial effect and hence are a subject-matter within the exclusive authority of Parliament in accordance with its residual power over matters of interprovincial concern not specifically allocated to either federal or provincial authority under the *B.N.A. Act, 1867*. Therefore the Provinces of Ontario and Saskatchewan were without authority to license the appellants' acts of contamination.

It followed that the legislation in question is *ultra vires* the province as involving the exclusively federal field of the pollution of interprovincial rivers.

Cowen v. A.G. British Columbia, [1941] S.C.R. 321; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *A.G. Ont. v. Scott*, [1956] S.C.R. 137; *Board of Trustees of Lethbridge Irrigation District v. Independent Order of Foresters*, [1940] A.C. 513; *A.G. Alta. v. A.G. Canada*, [1943] A.C. 356; *R. v. National Trust Co.*, [1933] S.C.R. 670; *K.V.P. Co. v. McKie*, [1949] S.C.R. 698; *C.A.P.A.C. v. International Good Music, Inc.*, [1963] S.C.R. 136; *British Coal Corp. v. The King*, [1935] A.C. 500; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, aff'd. 5 App. Cas. 115; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Burns Foods Ltd. v. A.G. Man.*, [1975] 1 S.C.R. 494; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207; *The "Atlantic Star"*, [1974] A.C. 436; *Bank of Montreal, Royal Bank of Canada and C.F.I. Operating*

Sur une requête en radiation des allégations se référant à la Loi, le juge Matas a décidé que celle-ci allait au-delà des pouvoirs de la Législature du Manitoba. En appel, la majorité de la Cour d'appel a maintenu la validité de la Loi. Les compagnies défenderesses ont interjeté appel de cet arrêt à cette Cour.

Arrêt: (Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Martland, Pigeon et Beetz: Une province, à titre de propriétaire des pêcheries de l'intérieur situées dans son territoire, a le droit de légiférer en vue de protéger ses biens. Toutefois, à l'égard de dommages causés par des actes posés à l'extérieur de son territoire, on ne peut les traiter comme une matière relevant de son pouvoir législatif lorsque ces actes sont posés dans une autre province, pas plus que lorsqu'ils le sont dans un autre pays. Bien que les actes délictueux ne puissent se justifier par ou en vertu de la loi adoptée dans la province ou l'état où les usines sont exploitées, de la même façon, le Manitoba est limité aux recours qui découlent de la *common law* ou des lois fédérales.

Les actes des appelantes sont nécessairement de portée interprovinciale et par conséquent ils constituent des matières relevant de l'autorité exclusive du Parlement conformément à la doctrine du pouvoir résiduaire sur les matières de domaine interprovincial non spécifiquement attribuées soit au pouvoir fédéral soit au pouvoir provincial par l'*A.A.N.B., 1867*. Par conséquent, les provinces de l'Ontario et de la Saskatchewan n'avaient pas le pouvoir d'autoriser les actes de pollution des appelantes.

Il s'ensuit que la loi en question outrepassé les pouvoirs de la province puisqu'elle concerne le domaine exclusivement fédéral de la pollution des rivières interprovinciales.

Arrêts mentionnés: *Cowen c. Le Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1941] R.C.S. 321; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *Le Procureur général de l'Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *Board of Trustees of Lethbridge Irrigation District v. Independent Order of Foresters*, [1940] A.C. 513; *A. G. Alta. v. A. G. Canada*, [1943] A.C. 356; *Le Roi c. National Trust Co.*, [1933] R.C.S. 670; *K.V.P. Co. c. McKie*, [1949] R.C.S. 698; *C.A.P.A.C. c. International Good Music, Inc.*, [1963] R.C.S. 136; *British Coal Corp. v. The King*, [1935] A.C. 500; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, conf. 5 App. Cas. 115; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Burns Foods Ltd. c. Le Procureur général du Manitoba*, [1975] 1 R.C.S. 494; *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207;

Co. v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd., [1975] 2 S.C.R. 546; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5, referred to.

Per Ritchie J.: The contention of the appellants to the effect that the impugned legislation is *ultra vires* as trespassing on the exclusive jurisdiction of Parliament under s. 91(27) of the *B.N.A. Act, 1867* (criminal law) cannot be sustained, and the legislation is not in conflict with federal legislation having to do with control of pollution of inter-provincial rivers. Provincial legislation dealing exclusively with the effect of pollution has controlling effect within the territorial limits of the province by which it is enacted, whereas legislation in respect of the control of pollution in interprovincial rivers is clearly within the exclusive legislative authority of Parliament under s. 91(12) of the *B.N.A. Act, 1867*.

However, the provincial legislature, in enacting s. 4(2), purported to nullify the effect of permission duly granted by the regulatory authority of another jurisdiction. In so doing it purported to legislate with respect to conduct and rights of the appellants outside the territorial limits of the Province of Manitoba with the result that the statute of which it forms part has no application to the appellants.

R. v. Robertson (1882), 6 S.C.R. 52; *A.G. Canada v. A.G. Ont.*, [1898] A.C. 700; *Carr v. Fracis Times & Co.*, [1902] A.C. 176; *Walpole v. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113; *McMillan v. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 120; *Canadian National Steamships Co. v. Watson*, [1939] S.C.R. 11; *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62; *C.A.P.A.C. v. International Good Music, Inc.*, [1963] S.C.R. 136; *Jenner v. Sun Oil Co.*, [1952] O.R. 240; *Phillips v. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, referred to.

Per Laskin C.J. and Judson and Spence JJ., dissenting: There is nothing in the impugned Manitoba Act that trespasses on federal legislative authority in relation to fisheries. Federal power in relation to fisheries does not reach the protection of provincial or private property rights in fisheries through actions for damages or ancillary relief for injury to those rights. Rather, it is concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource, concerned to monitor or regulate undue or injurious exploitation, regardless of who the owner may be, and even in suppression of an owner's right of utilization.

The «Atlantic Star», [1974] A.C. 436; *La Banque de Montréal, la Banque Royale du Canada et C.F.I. Operating Co. c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 546; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Ross c. Le Régistraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5.

Le juge Ritchie: La prétention des appelantes que la loi attaquée est *ultra vires* parce qu'elle empiète sur la compétence exclusive du Parlement en vertu de l'art. 91(27) de l'*A.A.N.B., 1867* (le droit criminel) ne peut être maintenue et la loi n'entre pas en conflit avec les lois fédérales touchant le contrôle de la pollution des rivières interprovinciales. Les provinces, au moyen de lois traitant exclusivement des effets de la pollution, exercent un pouvoir de surveillance dans leurs limites territoriales tandis que les lois relatives au contrôle de la pollution des rivières interprovinciales relèvent clairement de l'autorité législative exclusive du Parlement en vertu de l'art. 91(12) de l'*A.A.N.B., 1867*.

Toutefois la législature provinciale, en adoptant l'art. 4(2), a voulu rendre nul l'effet de la permission dûment accordée par l'organisme de contrôle d'un autre ressort. En ce faisant, elle avait l'intention de légiférer à l'égard des actes et des droits des appelantes à l'extérieur des limites territoriales de la province du Manitoba de sorte que la loi concernant une disposition en ce sens ne s'applique pas aux appelantes.

Arrêts mentionnés: *R. c. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52; *A.G. Canada v. A.G. Ont.*, [1898] A.C. 700; *Carr v. Fracis Times & Co.*, [1902] A.C. 176; *Walpole v. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113; *McMillan v. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 120; *Canadian National Steamships Co. c. Watson*, [1939] R.C.S. 11; *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; *C.A.P.A.C. c. International Good Music, Inc.*, [1963] R.C.S. 136; *Jenner v. Sun Oil Co.*, [1952] O.R. 240; *Phillips v. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence, dissidents: Il n'y a rien dans la loi contestée du Manitoba qui empiète sur l'autorité législative fédérale relative aux pêcheries. Le pouvoir fédéral sur les pêcheries ne s'étend pas à la protection des droits privés ou provinciaux dans les pêcheries par la voie de recours en dommages-intérêts ou de redressements accessoires pour atteinte à ces droits. Il vise plutôt la protection et la conservation des pêcheries, à titre de richesse pour le public, et le contrôle et la réglementation de leur exploitation abusive ou nuisible, quel qu'en soit le propriétaire, et même la suppression de l'exercice du droit par le propriétaire.

It could not be accepted that the Act denies to the appellants any legal rights they acquired in Saskatchewan or in Ontario in respect of the operation there of their respective chlor-alkali plants. The appellants' contention of constitutional invalidity based on alleged deprivation or divestment of a "right" outside Manitoba proceeded upon a misconception. What the appellants were claiming was an immunity in Manitoba based on a licence to pollute granted outside. That licence was not granted as against the respondent or against any of the assignor fishermen, nor could it be. Manitoba, in enacting s. 4(2), simply took care to exclude any possible contention that a licence granted in another province could provide a defence against liability for injury to Manitoba property.

A.G. Ont. v. Scott, [1956] S.C.R. 137; *C.P.R. v. Parent*, [1917] A.C. 195; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *R. v. Robertson* (1882), 6 S.C.R. 52; *A.G. Canada v. A.G. Ont.*, [1898] A.C. 700; *R. v. National Trust Co.*, [1933] S.C.R. 670; *Phillips v. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1; *Chaplin v. Boys*, [1971] A.C. 356; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Desharnais v. C.P.R.*, [1942] 4 D.L.R. 605; *Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 265; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796; *Crédit Foncier Franco-Canadien v. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365, referred to.

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, allowing an appeal from a judgment of Matas J. Appeals allowed, Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. dissenting.

D. E. Gauley, Q.C., and *P. Foley*, for the defendant, appellant, Interprovincial Co-operatives Ltd.

A. K. Twaddle, Q.C., and *E. W. Olson*, for the defendant, appellant, Dryden Chemicals Ltd.

D. W. Moylan, Q.C., for the Crown, plaintiff, respondent.

T. B. Smith, Q.C., for the Attorney General of Canada.

¹ [1973] 3 W.W.R. 673, 38 D.L.R. (3d) 367.

On ne peut accepter que la loi dénie aux appelantes quelque droit qu'elles ont acquis en Saskatchewan ou en Ontario à l'égard de l'exploitation dans ces deux provinces de leur usine respective de chlore et de soude caustique. La prétention des appelantes quant à l'invalidité constitutionnelle fondée sur la privation ou la dépossession d'un «droit» qui existe à l'extérieur du Manitoba, procède d'un malentendu. Ce que les appelantes réclament est une immunité au Manitoba, fondée sur un permis accordé à l'extérieur. Le permis n'a pas été accordé à l'encontre de l'intimée en l'espèce ou à l'encontre d'aucun des pêcheurs subrogeants et il n'aurait pu l'être. En édictant l'art. 4(2), le Manitoba a simplement pris soin d'exclure toute prétention possible qu'un permis accordé dans une autre province puisse fournir un moyen de défense à l'encontre de la responsabilité résultant de dommages causés à un bien manitobain.

Arrêts mentionnés: *Procureur général de l'Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *C.P.R. v. Parent*, [1917] A.C. 195; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *R. c. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52; *A.G. Canada v. A.G. Ont.*, [1898] A.C. 700; *R. c. National Trust Co.*, [1933] R.C.S. 670; *Phillips v. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1; *Chaplin v. Boys*, [1971] A.C. 356; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Desharnais v. C.P.R.*, [1942] 4 D.L.R. 605; *Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 265; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796; *Crédit Foncier Franco-Canadien v. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365.

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, accueillant un appel d'un jugement du juge Matas. Pourvois accueillis, le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence étant dissidents.

D. E. Gauley, c.r., et *P. Foley*, pour la défenderesse, appelante, Interprovincial Co-operatives Ltd.

A. K. Twaddle, c.r., et *E. W. Olson*, pour la défenderesse, appelante, Dryden Chemicals Ltd.

D. W. Moylan, c.r., pour Sa Majesté la Reine, demanderesse, intimée.

T. B. Smith, c.r., pour le Procureur général du Canada.

¹ [1973] 3 W.W.R. 673, 38 D.L.R. (3d) 367.

D. W. Mundell, Q.C., for the Attorney General of Ontario.

R. Langlois and C. H. Blondeau, for the Attorney General of Quebec.

The judgment of Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—These appeals, by Interprovincial Co-operatives Limited and by Dryden Chemicals Limited, are here by leave of this Court, and they raise constitutional questions which, pursuant to directions for notice to be served on the Attorney General of Canada and on the Attorneys General of the Provinces, were formulated as follows:

1. Is The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act *ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba in that it is legislation in relation to "sea coasts and inland fisheries" and hence within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under Section 91(12) of the British North America Act or is otherwise outside the competence of the Legislature of Manitoba?
- 2.(a) Is the Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act *ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba for the reason that its provisions are not limited in their application, (either expressly or by implication) to property and civil rights within the province nor directed solely to matters of a merely local or private nature within it? Or, alternatively;
- 2.(b) Are the provisions of the Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act inapplicable insofar as they purport to regulate acts done by the Appellants, Interprovincial Co-operatives Limited and Dryden Chemicals Limited, outside the Province of Manitoba for the reason that the power of the Legislature of the Province of Manitoba and therefore the application of The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act is limited to the regulation of conduct within the Province?

Interventions were lodged by the Attorney General of Canada, the Attorney General of Ontario and the Attorney General of Quebec, all of whom filed factums and appeared by counsel in support of the position of the respondent, the Attorney

D. W. Mundell, c.r., pour le Procureur général de l'Ontario.

R. Langlois et C. H. Blondeau, pour le Procureur général du Québec.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson et Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Les présents pourvois de Interprovincial Co-operatives Limited et Dryden Chemicals Limited ont été autorisés par cette Cour. Ils soulèvent des questions d'ordre constitutionnel qui, conformément aux avis à signifier au Procureur général du Canada et aux procureurs généraux des provinces, ont été formulées de la façon suivante:

1. Le Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act outrepassé-t-il les pouvoirs de la Législature de la province du Manitoba au motif qu'il s'agit d'une loi relative aux «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» donc de la compétence exclusive du Parlement du Canada aux termes de l'art. 91(12) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ou est-il pour quelque autre raison hors de la compétence de la Législature du Manitoba?
- 2a) Le Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act outrepassé-t-il les pouvoirs de la Législature de la province du Manitoba au motif que ses dispositions ne sont pas (soit expressément soit implicitement) restreintes dans leur application à la propriété et aux droits civils dans la province et ne visent pas exclusivement des matières de nature purement locale ou privée dans la province? Ou, subsidiairement;
- 2b) Les dispositions du Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act sont-elles inapplicables dans la mesure où elles visent à régler des actes posés par les appelantes, Interprovincial Co-operatives Limited et Dryden Chemicals Limited, à l'extérieur de la province du Manitoba, pour le motif que les pouvoirs de la Législature de la province du Manitoba et, par conséquent, l'application du Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, se limitent à la réglementation d'actes posés à l'intérieur de la province?

Le Procureur général du Canada, le Procureur général de l'Ontario et le Procureur général du Québec sont intervenus. Tous ont produit des factums et, par leurs avocats, ils ont appuyé la position de l'intimé, le Procureur général du Manitoba,

General of Manitoba, who initiated, in the name of Her Majesty in right of Manitoba, the litigation out of which these appeals arise.

The litigation is founded directly upon *The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*, 1970 (Man.), c. 32, effective as of June 1, 1970. Her Majesty in right of Manitoba brought action on December 10, 1970, against the two defendants, hereinafter referred to as Ipco and Dryden, suing them as assignee, pursuant to the Act, of 1,590 persons who received financial assistance under the Act in a total amount of about \$2,000,000 and who were then or formerly engaged in various capacities in the commercial fishing industry in Manitoba. Both Ipco and Dryden are Dominion companies, the former having its head office in Manitoba and carrying on business there, and the latter having its head office in Ontario but carrying on business in Manitoba as well as in Ontario. Ipco has a chlor-alkali plant situate in Saskatchewan close to the South Saskatchewan River and Dryden operates a chlor-alkali plant in Ontario situate near the Wabigoon River. Each plant uses mercury, in both elemental form and as a compound, in its industrial processes, and the allegations of the statement of claim were that Ipco and Dryden permitted quantities of mercury to escape into the named rivers which carried it into Manitoba waters where it was ingested into the tissues of fish frequenting the plaintiff's fishery in those waters. It was further alleged that by reason of this ingestion, the fish became unsafe for human consumption and unmarketable, with the result that the regulatory authority under the federal *Manitoba Fishery Regulations* has refused to permit fishing for commercial purposes, with resultant loss to the plaintiff and to its assignors.

Negligence is alleged against Ipco and Dryden, and as well nuisance and trespass, as at common law, and then there are allegations in paras. 13 to 20 of the statement of claim which are at the heart of this litigation. Ipco and Dryden each brought a motion to strike out paras. 13 to 18 inclusive, and the words "and to the assignors herein described"

qui a institué, au nom de Sa Majesté du chef de la province du Manitoba, les procédures à l'origine des présents pourvois.

The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, 1970 (Man.), c. 32, en vigueur depuis le 1^{er} juin 1970, est directement à la source du litige. Sa Majesté du chef de la province du Manitoba a intenté une action le 10 décembre 1970 contre les deux défenderesses, ci-après appelées Ipco et Dryden, les poursuivant à titre de subrogée, par la Loi, de 1,590 personnes qui ont reçu en vertu de la Loi, une aide financière dont le montant total s'est élevé à \$2,000,000 environ. Ces personnes s'étaient auparavant, à divers titres, adonnées à l'industrie de la pêche commerciale au Manitoba. Ipco et Dryden sont toutes deux des compagnies à charte fédérale. Le siège social de la première est au Manitoba, où elle exerce ses activités; quant à la seconde, son siège social est en Ontario et ses activités s'exercent à la fois en Ontario et au Manitoba. Ipco est propriétaire d'une usine de chlore et de soude caustique située en Saskatchewan, près de la rivière South Saskatchewan, et Dryden exploite une usine semblable, en Ontario, près de la rivière Wabigoon. Dans ses procédés industriels, chacune de ces usines emploie du mercure, à la fois à l'état pur sous forme de composés, et d'après la déclaration, Ipco et Dryden ont laissé certaines quantités de mercure s'échapper dans les rivières susnommées qui les ont charriées dans les eaux manitobaines où le mercure a été assimilé par le poisson vivant dans les pêcheries de la demanderesse. En raison de cette assimilation, a-t-il en outre été allégué, le poisson est devenu impropre à la consommation et au commerce de sorte que l'organisme de contrôle établi en vertu du *Règlement de pêche du Manitoba*, un règlement fédéral, a refusé de permettre la pêche commerciale, ce qui a entraîné des pertes pour la demanderesse et ses subrogeants.

On allègue qu'Ipco et Dryden ont fait preuve de négligence et ont posé des actes de «nuisance» et de «trespass», au sens de la *common law*; on trouve, en outre, aux par. 13 à 20 de la déclaration les allégations qui sont au cœur même du présent litige. Ipco et Dryden ont chacune présenté une requête en radiation des par. 13 à 18 inclusive-

in para. 19, and also para. 20(d), as disclosing no reasonable cause of action by reason of alleging a wrongful act under a statute, *The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*, which was either *ultra vires* or had no application to the defendants.

For the purpose of the motion, the facts set out in the impugned paragraphs are taken to be as therein stated. It will be convenient to set out not only the paragraphs attacked but the whole of paras. 13 to 20 inclusive. They are as follows:

13. Pursuant to Section 2 of *The Fishermen's Assistance and Polluter's Liability Act*, S.M. 1970 C.32 (hereinafter called the Assistance Act) the Minister therein mentioned has, since 1st June, 1970, made assistance payments totalling \$2,000,000.00 more or less, to 1590 persons then or formerly engaged in various capacities in the commercial fishing industry in Manitoba who, in the opinion of the Minister, had suffered or would suffer, financial loss by reason of the prohibition of the taking of fish from the Manitoba waters because of the contamination of those fish resulting in whole or in part from activities of Interprovincial and Dryden Chemicals respectively, hereinbefore described.

14. Pursuant to subsection (1) of Section 3 of the Assistance Act, the Plaintiff has received from each of the 1590 persons referred to in paragraph 13 (herein called the assignors), an assignment in writing of his right to sue any person, including the Defendants, in respect of the hereinbefore recited pollution of the Manitoba waters, in regard to his loss in the year 1970.

15. The assignors comprise any person who:—

(a) was engaged in the years 1968 and/or 1969 in the commercial fishing industry in the open water seasons in the Manitoba waters, either as an operator or a hired man, on a whitefish boat, trap net boat or skiff, and who intended to be so engaged in the 1970 open water seasons; or

(b) had an interest in a whitefish boat, trap net boat or skiff whether as owner, purchaser under an agreement for sale or lessee with option to purchase, which boat or skiff was utilized in the year 1969 and was intended to be utilized in the year 1970, in the open water seasons in the Manitoba waters; or

ment, ainsi que des mots [TRADUCTION] «et aux subrogeants, décrits aux présentes» dans le par. 19, de même que de l'al. d) du par. 20, pour le motif qu'ils ne font voir aucune cause raisonnable d'action en alléguant un acte reprehensible en vertu d'une loi, *Le Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*, qui est soit *ultra vires* soit inapplicable aux défenderesses.

Aux fins de la requête, les faits énoncés aux paragraphes attaqués sont présumés vrais. Il convient de reproduire non seulement les paragraphes attaqués mais l'ensemble des par. 13 à 20 inclusivement. En voici le texte:

[TRADUCTION] 13. Conformément à l'art. 2 du *Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*, S.M. 1970 c. 32 (ci-après appelé l'Assistance Act), le Ministre désigné à ladite loi a, depuis le 1^{er} juin 1970, versé des prestations s'élevant à environ \$2,000,000 à 1,590 personnes à cette date ou s'étant adonnées auparavant, à divers titres, à l'industrie de la pêche commerciale au Manitoba. De l'avis du Ministre, ces prestataires ont subi ou vont subir une perte pécuniaire par suite de l'interdiction de pêcher dans les eaux manitobaines en raison de la contamination du poisson attribuable, en tout ou en partie, à la pollution de ces eaux par le déversement de mercure survenu à l'occasion des activités respectives, décrites ci-dessus, de Interprovincial et de Dryden Chemicals.

14. Conformément au par. (1) de l'art. 3 de l'Assistance Act, la demanderesse a reçu de chacune des 1,590 personnes mentionnées au par. (13) (ci-après appelées les subrogeants) une subrogation écrite dans son droit d'intenter des poursuites contre qui que ce soit, y compris les défenderesses, pour ses pertes subies en 1970 et causées par la pollution susdite des eaux manitobaines.

15. Les subrogeants comprennent toute personne qui:—

a) au cours des années 1968 et/ou 1969, s'adonnait, durant les saisons d'eaux libres à l'industrie de la pêche commerciale dans les eaux manitobaines, soit à titre d'exploitant soit à titre d'employé, sur un bateau pour la pêche au corégone ou sur un bateau ou esquif muni d'une trappe en filet, et qui devait s'y adonner durant les saisons d'eaux libres en 1970; ou

b) avait un droit dans un bateau pour la pêche au corégone ou un bateau ou un esquif muni d'une trappe en filet, à titre de propriétaire, d'acheteur en vertu d'une promesse de vente ou de locataire aux termes d'un bail avec option d'achat, si ce bateau ou cet esquif a servi au cours de l'année 1969 et devait servir au cours de l'année 1970, dans les eaux manitobaines, durant les saisons d'eaux libres; ou

(c) in the year 1969 in respect of the Manitoba waters, acted as a fish station agent for the Freshwater Fish Marketing Corporation, and his employees engaged in fish packing or similar station duties.

16. Each of the assignors had a sufficient interest in the fishery described in paragraph 1 and was sufficiently dependent upon its continued well-being for his livelihood, to fall within the class of persons to whom Interprovincial and Dryden Chemicals respectively owed a duty to take reasonable care, as alleged in paragraphs 10 and 11, and to entitle him to compensation in respect of the breach of that duty and for the nuisance and trespass alleged in paragraph 12.

17. Each of the Assignors has suffered financial loss in excess of any assistance payment received by him referred to in paragraph 13, particulars of which the Plaintiff craves leave to present at the trial.

18. The Plaintiff has incurred and will continue to incur costs and expenses and loss of revenue in respect of the underlisted items, none of which would have been, or would be, incurred, had Interprovincial and Dryden Chemicals respectively constructed and operated their respective plants in such a way as to prevent the escape of mercury and mercury compounds therefrom:—

Costs and Expenses in 1970

(a) Continued monitoring of mercury levels in the Manitoba waters, bottom sediments, aquatic organisms and fish;

(b) Administration of the assistance payments programme authorized by Section 2 of the Assistance Act;

(c) Informing the public by the news media and other means, of the occurrence of mercury pollution and its significance as a health hazard; and

(d) Re-training for other occupation, persons who were formerly engaged in the commercial fishing industry, in respect of the Manitoba waters, but whose engagement in that industry has terminated with the cessation of that industry consequent upon the contamination of the fish in those waters, hereinbefore described.

Loss of Revenue in 1970

(a) Reduction in number of commercial fishing and angling licenses issued and consequent loss of license fees totalling \$61,109.03 more or less;

(b) Reduction in number of angling visitors to Manitoba and consequent loss of revenue tax and other consumption taxes.

c) au cours de l'année 1969, à l'égard des eaux manitobaines, a agi comme agent de station de l'Office de commercialisation du poisson d'eau douce, et ses employés y travaillant à la préparation du poisson ou y exerçant des fonctions similaires.

16. Chacun des subrogeants avait un droit suffisant à la pêche décrite au par. 1 et en dépendait suffisamment, pour gagner sa vie, pour tomber dans la catégorie de personnes envers lesquelles Interprovincial et Dryden Chemicals avaient une obligation de soin raisonnable, tel qu'allégué aux par. 10 et 11, et pour avoir droit à une indemnité par suite de la violation de cette obligation de même que pour la «nuisance» et le «trespass» allégués au par. 12.

17. Chacun des subrogeants a subi un préjudice financier supérieur aux prestations qu'il a touchées et dont il est question au paragraphe 13; la demanderesse demande l'autorisation de fournir au procès les détails des dommages subis.

18. La demanderesse a subi et subira des frais, des dépenses et un manque à gagner sous les rubriques énumérées ci-dessous. Rien de cela ne se serait produit ou ne se produirait si Interprovincial et Dryden Chemicals avaient l'une et l'autre construit et exploité leurs usines de façon à empêcher les fuites de mercure et de composés de mercure:—

Frais et dépenses en 1970

a) Contrôle des quantités de mercure dans les eaux manitobaines, les sédiments, les organismes aquatiques et le poisson;

b) Application du programme de paiement de prestations autorisé par l'art. 2 du Assistance Act;

c) Diffusion d'informations par les media et autrement, sur l'existence de la pollution par le mercure et le risque que celle-ci comporte pour la santé; et

d) Recyclage des personnes qui avaient jusque-là œuvré dans l'industrie de la pêche commerciale dans les eaux manitobaines et qui ont dû mettre fin à leurs activités en raison de la disparition de cette industrie par suite de la contamination ci-dessus décrite du poisson dans ces eaux;

Manque à gagner en 1970

a) Réduction du nombre de permis de pêche commerciale et de pêche à la ligne délivrés et, par suite, perte des droits de permis s'élevant à la somme totale de \$61,109.03, plus ou moins;

b) Réduction du nombre des touristes venus pratiquer la pêche à la ligne au Manitoba et, par suite, perte d'impôt sur les revenus et d'autres taxes de consommation.

19. With respect to the escape of mercury referred to in paragraph 6 and the accumulation thereof on the river bed referred to in paragraph 7, the Plaintiff fears that unless prompt steps are taken to cease the former and remove or permanently neutralize the latter, pollution of the Manitoba waters and contamination of the fish therein, will continue for a lengthy period, with the attendant loss to the Plaintiff and to the assignors herein described.

20. The Plaintiff therefore claims against the Defendants and each of them:—

(a) An injunction restraining each from continuing to discharge mercury or mercury compounds from their respective chlor-alkali plants into the two aforementioned rivers respectively, or into any other watercourse directly or indirectly draining into or connecting with the Manitoba waters;

(b) A mandatory order requiring each to remove or permanently neutralize the accumulation of mercury on the respective river beds referred to in paragraph 7;

(c) In lieu of the relief claimed in (b) supra, damages in an amount sufficient to enable the Plaintiff to effect removal or permanent neutralization of the said mercury deposits;

(d) Payment of the sum of \$2,000,000.00 more or less, referred to in paragraph 13;

(e) Payment of a sum equal to the excess referred to in paragraph 17;

(f) Payment of a sum sufficient to cover the costs and expenses and loss of revenue, referred to in paragraph 18;

(g) Interest at the legal rate on all sums of money claimed hereunder;

(h) Such further and other relief as to this Honourable Court may seem just;

(i) Costs.

A full understanding of the submissions of the parties and intervenants requires consideration of the first four sections of the impugned Manitoba statute which consists in all of eight sections, the last four dealing, respectively, with authority for agreements with Canada, with provisions for the cost of administration, with identification of the Act in the continuing consolidation of Manitoba statutes and with its in force date. The first four sections read as follows:

19. A l'égard des fuites de mercure, mentionnées au par. 6 et des dépôts de cette substance dans le lit de la rivière, mentionnés au par. 7, la demanderesse craint qu'à défaut de prendre rapidement des mesures pour faire cesser ces fuites et pour enlever ou neutraliser de façon permanente les dépôts, les eaux manitobaines restent polluées et le poisson qui s'y trouve reste contaminé pour longtemps à venir, ce qui entraînera des pertes pour la demanderesse et les subrogeants susdits.

20. Par conséquent, la demanderesse demande contre les défenderesses, solidairement, ce qui suit:—

a) Une injonction visant à empêcher chacune des défenderesses de continuer à déverser du mercure ou des composés de mercure de leur usine respective de chlore et de soude caustique dans les deux rivières susdites respectivement ou dans tout autre cours d'eau se jetant dans les eaux manitobaines ou communiquant avec elles directement ou indirectement;

b) une ordonnance visant à obliger chacune des défenderesses à enlever ou à neutraliser de façon permanente les dépôts de mercure dans le lit des rivières mentionnées au par. 7;

c) au lieu du redressement réclamé à l'al. b) ci-dessus, des dommages-intérêts d'un montant suffisant pour que la demanderesse puisse elle-même enlever ou neutraliser de façon permanente lesdits dépôts de mercure;

d) le paiement de la somme de deux millions de dollars, plus ou moins, mentionnée au par. 13;

e) le paiement d'une somme égale à l'excédent mentionné au par. 17;

f) le paiement d'une somme suffisante pour compenser les frais et dépenses ainsi que le manque à gagner mentionnés au par. 18;

g) l'intérêt au taux légal sur toutes les sommes d'argent ici réclamées;

h) toute autre forme de redressement ou tout redressement supplémentaire que le tribunal jugera équitable;

i) les dépens.

Pour bien comprendre les prétentions des parties et des intervenants, il faut examiner les quatre premiers articles de la loi manitobaine attaquée. Elle en comprend huit dont les quatre derniers, traitent du pouvoir de conclure des ententes avec le gouvernement fédéral, des frais d'application de la loi, de sa désignation dans les Statuts révisés mis à jour du Manitoba et de sa date d'entrée en vigueur. Quant aux quatre premiers articles, en voici la teneur:

Definitions.

1. In this Act

(a) "contaminant" means any substance whether gaseous, liquid or solid

(i) that is foreign to or in excess of the natural constituents of water; or

(ii) that affects the natural, physical, chemical, or biological quality of water;

and that is, or may be, injurious to health or safety of a person, or injurious or damaging to property or to plant and animal life;

(b) "minister" means that member of the Executive Council charged by the Lieutenant Governor in Council with the administration of this Act.

Authority to make payments.

2. The minister may make payments, whether by way of loan or otherwise, in such amounts and upon such terms and conditions as he considers appropriate, to any person then or formerly engaged in any capacity in the commercial fishing industry who, in the opinion of the minister, has suffered, or will suffer, financial loss by reason of the prohibition of the taking of fish from waters in the province because of the contamination of fish resulting from pollution of those waters.

Assignment of right to sue.

3.(1) The government may receive from any person to whom a payment is made under section 2, an assignment in writing of that person's right to sue any person responsible, or allegedly responsible, for pollution of the waters referred to in that section.

Government as assignee may sue in its own name.

3.(2) Notwithstanding that the subject matter of the assignment is a bare right to sue in tort or that the assignor assigns the right to sue in respect of a part of his loss only, upon execution of an assignment made under subsection (1), the government is the absolute owner of the right to sue, and of the proceeds thereof, and may enforce the right to sue in its own name.

Damages recoverable.

3.(3) In any suit brought by the government as assignee under an assignment made under subsection (1), in addition to any other item of damages properly recoverable the government, upon establishment of liability, may recover from the defendant the actual loss suffered by the assignor, or so much thereof as was assigned to

[TRADUCTION] *Définitions*

1. Dans la présente loi,

a) «polluant» désigne toute substance gazeuse, liquide ou solide

(i) qui est étrangère aux éléments naturels composant l'eau ou qui s'y trouve à dose supérieure à la normale; ou

(ii) qui porte atteinte à la qualité naturelle, physique, chimique ou biologique de l'eau;

et qui est, ou peut être, préjudiciable à la santé d'une personne ou préjudiciable ou nuisible aux biens ou à la vie végétale et animale;

b) «Ministre» désigne le membre du Conseil exécutif chargé par le lieutenant-gouverneur en conseil de l'application de la présente loi.

Autorisation de faire des paiements.

2. Le Ministre peut faire, sous forme de prêt ou autrement, et selon les modalités qu'il estime convenables, les paiements qu'il juge équitables à toute personne qui s'adonne ou qui s'est adonné dans le passé, à quelque titre que ce soit, à l'industrie de la pêche commerciale et qui, de l'avis du Ministre, a subi ou subira un préjudice financier par suite de l'interdiction de prendre du poisson dans les eaux de la province en raison de la contamination du poisson attribuable à la pollution de ces eaux.

Subrogation.

3.(1) Le gouvernement peut être subrogé, par écrit, par toute personne à qui un paiement est fait en vertu de l'article 2, dans le droit de cette personne d'instituer une poursuite contre toute personne responsable ou présumé responsable de la pollution des eaux dont il est question à l'article susdit.

Le gouvernement, à titre de subrogé, peut intenter des poursuites en son propre nom.

3.(2) Même si l'objet de la subrogation est un simple droit d'instituer une poursuite en responsabilité civile, même si le subrogeant ne cède son droit de poursuivre qu'à l'égard d'une partie seulement de ses pertes, le gouvernement devient dès la signature de la subrogation consentie en vertu du paragraphe (1), le titulaire absolu du droit d'instituer de poursuite et du recouvrement, et il peut exercer ce droit en son propre nom.

Domages recouvrables.

3.(3) Dans toute poursuite instituée par le gouvernement à titre de subrogé en vertu d'une subrogation consentie conformément au paragraphe (1), le gouvernement, une fois la responsabilité du défendeur établie, peut recouvrer de celui-ci, en sus de tout autre montant recouvrable à titre de dommages-intérêts, le plus élevé

the government, or the payment made to the assignor by the minister under section 2, whichever is the greater.

Government may re-assign.

3.(4) The government may at any time, upon such terms and conditions as the Lieutenant Governor in Council may approve, re-assign to the assignor a right to sue assigned to the government under subsection (1).

Facts to be proved and circumstances not constituting a defence.

4.(1) In any suit in which the government is a plaintiff wherein the pollution of water is in issue, if it is established by the degree of proof required in a civil suit that the defendant has without lawful excuse, the proof whereof lies on him, discharged or permitted the discharge of any contaminant from premises occupied by him, into waters in the province or into any waters whereby the contaminant is carried into waters in the province, and that thereafter fish in those waters have suffered death, disease or injury, or contamination rendering them unfit or unsafe for human consumption, or any adverse effect whereby they are rendered less marketable, the defendant is liable for all financial loss occasioned thereby to any person whose loss is a subject matter of the suit, notwithstanding any one or more of the following circumstances:

- (a) At no time did that person have any proprietary interest in the fishery containing the affected fish.
- (b) A regulatory authority has forbidden or refused to permit the taking of fish from that fishery by reason of the pollution of the waters thereof.
- (c) Those waters have been, or are being, polluted from any other cause or by any other person.
- (d) It cannot be established that the contaminant affecting the fish derived from the actual volume of contaminant which the defendant discharged or permitted to be discharged from premises occupied by him, provided the deleterious effect on the fish is of a nature consistent with a contaminant of that kind being the total or partial, immediate or mediate cause.

Permit in one jurisdiction only no excuse.

4.(2) For the purposes of subsection (1) it is not a lawful excuse for the defendant to show that the discharge of the contaminant was permitted by the appropriate regulatory authority having jurisdiction at the place where the discharge occurred, if that regulatory authority did not also have jurisdiction at the place where the contaminant caused damage to the fishery.

des montants suivants: le montant du préjudice réel subi par le subrogeant ou de la partie dans laquelle le gouvernement a été subrogé, ou le montant versé au subrogeant par le Ministre en vertu de l'article 2.

Rétrocession par le gouvernement.

3.(4) Le gouvernement peut en tout temps, selon les modalités que le lieutenant-gouverneur en conseil peut approuver, rétrocéder au subrogeant un droit de poursuite cédé au gouvernement en vertu du paragraphe (1).

Faits à prouver et circonstances qui ne constituent pas une défense à l'action.

4.(1) Dans toute poursuite relative à la pollution de l'eau où le gouvernement est demandeur, si la preuve établit au degré de certitude requis en matière civile, que le défendeur a sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, déversé ou permis que soit déversé en provenance des lieux qu'il occupe, quelque polluant, dans les eaux de la province ou dans toutes autres eaux qui charrient le polluant dans les eaux de la province et que par suite du poisson dans ces eaux est devenu malade, est mort ou a été contaminé, devenant ainsi impropre à la consommation humaine ou dangereux pour celle-ci, ou détérioré dans sa valeur marchande, le défendeur est responsable de toutes les pertes financières subies par toute personne dont le préjudice fait l'objet de la poursuite, nonobstant une ou plusieurs des circonstances suivantes:

- a) Cette personne n'a en aucun temps eu un droit de propriété dans la pêcherie où vivait le poisson atteint.
- b) Un organisme de contrôle a interdit ou refusé la permission de pêcher en ce lieu en raison de la pollution des eaux.
- c) D'autres causes ou d'autres personnes ont contribué ou contribuent à la pollution de ces eaux.
- d) On ne peut démontrer que le polluant affectant le poisson provient de la quantité de polluant que le défendeur a effectivement déversé ou permis de déverser des lieux qu'il occupe, mais l'effet nocif sur le poisson est compatible avec l'effet que peut avoir la sorte de polluant qui a été la cause totale ou partielle, médiate ou immédiate de l'effet nocif.

Une permission accordée par l'autorité compétente d'un seul ressort n'est pas une excuse légitime.

4.(2) Pour les fins du paragraphe (1), la preuve par le défendeur que le déversement du polluant a été autorisé par l'organisme de contrôle compétent à l'endroit où le déversement s'est effectué ne constitue pas une excuse légitime, si cet organisme n'est pas également compétent à l'endroit où le polluant a causé des dommages aux pêcheries.

Place of action.

4.(3) The statement of claim in any suit under this Act may be issued in any judicial district.

Matas J. (as he then was), before whom the motion to strike out was argued at first instance, concluded, in reasons for judgment delivered on June 16, 1972, that because s. 4(2) of the challenged Act purported to preclude the defendants from raising a defence of lawful authority to discharge mercury into waters in Saskatchewan and Ontario it derogated from civil rights of the defendants outside Manitoba. It was beyond the powers of the Manitoba Legislature to deprive them of the extraterritorial civil rights, and consequently the Act was inapplicable to the defendants and unenforceable against them. Although he granted their motion on this ground he rejected their contentions that (1) the Manitoba Act was *ultra vires* as being in relation to the criminal law or (2) it was in conflict with any applicable federal legislation forbidding pollution of fish-frequented waters, or alteration of water quality as that quality affects fish; rather, since in his view provincial power to legislate in respect of pollution generally and in respect of Manitoba's proprietary interest in fisheries was not in issue, he found the legislation under review supportable under s. 92(5), (13) and (16) of the *British North America Act*, were it not for its reach outside the province. Again, he rejected a contention that the general power of Parliament to legislate for the peace, order and good government of Canada was invaded where an interprovincial river was concerned, and he held on this point that it was open to a province to legislate on the effect of pollution within the province, although an interprovincial river was involved. Further, he held that the province was entitled to legislate in respect of tortious liability, subject to constitutional limitations, and to bring action in the province, whether or not the tort be regarded as one respecting injury to real property. Since damage was done in Manitoba where the defendants had assets, it was the view of Matas J. that Manitoba could assert its legislative authority in respect of tortious liability, and that it was unnecessary to determine the place of occurrence for all purposes as being either where the tortious act

Lieu d'introduction de l'action.

4.(3) Une action en vertu des dispositions de la présente loi peut-être intentée dans tout district judiciaire.

Le juge Matas (comme il était alors), devant qui la requête en radiation a été débattue en première instance, a conclu dans ses motifs de jugement rendus le 16 juin 1972 que, parce que le par. (2) de l'art. 4 de la Loi attaquée vise à empêcher les défendeurs d'invoquer comme moyen de défense l'autorisation des autorités compétentes de déverser du mercure dans les eaux de la Saskatchewan et de l'Ontario, il porte atteinte aux droits civils des défenderesses à l'extérieur du Manitoba. La Législature du Manitoba n'a pas la compétence de les priver de droits civils extra-territoriaux et par conséquent la Loi ne peut pas s'appliquer aux défenderesses et n'a, contre elles, aucune force exécutoire. Bien que le juge ait accordé la requête pour ce motif, il a rejeté les prétentions des défenderesses que (1) la loi du Manitoba est *ultra vires* comme ayant rapport au droit criminel ou (2) qu'elle entre en conflit avec quelque loi fédérale interdisant la pollution des eaux poissonneuses ou l'altération de la qualité de l'eau dans la mesure où elle affecte le poisson; mais, puisque selon lui la compétence législative provinciale à l'égard de la pollution en général et du droit de propriété du Manitoba dans les pêcheries n'est pas en litige, il a plutôt conclu que la loi soumise pour examen se justifie en vertu des par. (5), (13) et (16) de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, sauf qu'elle n'a pas de portée à l'extérieur de la province. Il rejeta encore la prétention que, lorsqu'une rivière interprovinciale est en cause, il y a empiètement sur le pouvoir général du Parlement de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada et décida sur cette question qu'il appartient à la province de légiférer sur les effets de la pollution dans ses limites, même à l'égard d'une rivière interprovinciale. De plus, il décida que la province a droit de légiférer en matière de responsabilité civile, sous réserve des restrictions imposées par la constitution, et d'instituer des poursuites dans la province, même si le délit n'est pas considéré comme un préjudice causé à des biens immeubles. Puisque le dommage a été causé au Manitoba où les défenderesses ont des

was initiated or where the damage occurred.

The judgment of Matas J. was set aside by the Manitoba Court of Appeal, with Guy J.A. alone in dissent in the five-man Court. Freedman C.J.M., with whom Dickson J.A. (as he then was) concurred, rejected submissions against the validity of the challenged Act, submissions which had also been rejected by Matas J., and accepted the latter's conclusion that there was no conflict with federal pollution legislation. But he differed from Matas J. on the latter's assessment of the Manitoba Act as derogating from or denying to the appellants any extraterritorial civil rights. In particular, Freedman C.J.M. focused on s. 4(2) of the Manitoba Act whose scope was wide enough to deny to the appellants a defence based on a lawful, even licensed conduct of their business in Saskatchewan and in Ontario where the water contamination originated.

On the assumption that Ipco and Dryden were licensed in Saskatchewan and in Ontario to carry on their business as they had done, albeit with resulting injury to a Manitoba fishery, Freedman C.J.M. examined the effect which their respective licences had, from the standpoint of the conflict of laws, upon the constitutional issue which was before him. His reasons indicate that the choice of law question, raised by the occurrence of damage in Manitoba through a lawful activity under the law of Saskatchewan and Ontario, did not admit of an easy answer. The answer, for him, depended on where the tort was committed since, for constitutional purposes, if it was committed in Manitoba, it would be Manitoba law that would govern. There was, in his opinion, an arguable case that the tort was committed in Manitoba; and it would be wrong, on a motion to strike out parts of a statement of claim, to grant the motion except in the clearest case. In short, to quote his reasons, "[if] constitutional invalidity depends on a finding that the tort occurred outside Manitoba, that find-

biens, le juge Matas est d'avis que le Manitoba peut légiférer en matière de responsabilité civile sans qu'il soit nécessaire de décider où l'on doit considérer à toutes fins que le fait est survenu: le lieu où l'acte dommageable a pris naissance, ou le lieu où le dommage a été causé.

Le jugement du juge Matas a été infirmé par la Cour d'appel du Manitoba, le juge d'appel Guy étant, de cinq juges, le seul dissident. Le juge Freedman, juge en chef du Manitoba, avec qui le juge Dickson, alors juge d'appel, a été d'accord, a rejeté les prétentions soulevées à l'encontre de la validité de la Loi contestée, prétentions qui avaient aussi été rejetées par le juge Matas, et il a accepté la conclusion de ce dernier qu'il n'y a aucun conflit avec les lois fédérales relatives à la pollution. Mais il n'a pas partagé l'opinion du juge Matas à l'effet que la Loi du Manitoba violerait les droits civils extra-territoriaux des appelantes ou les empêcherait de les invoquer. Le juge en chef Freedman, a insisté en particulier, sur le par. (2) de l'art. 4 de la Loi du Manitoba dont la portée est assez vaste pour empêcher les appelantes d'invoquer un moyen de défense fondé sur la légalité des activités, même autorisées par un permis, de leurs entreprises respectives en Saskatchewan et en Ontario d'où provient l'eau polluée.

En présumant que Ipco et Dryden détenaient en Saskatchewan et en Ontario des permis pour exploiter leurs entreprises comme elles l'ont fait, même si elles causaient ainsi des dommages aux pêcheries manitobaines, le juge en chef Freedman a étudié sous l'angle des conflits de droit, l'effet des permis détenus par chacune d'elles, sur la question constitutionnelle qui lui était soumise. Ses motifs indiquent qu'il n'est pas facile de trouver la loi applicable quand des dommages ont été causés au Manitoba par l'exercice d'une activité légale selon les lois de la Saskatchewan et de l'Ontario. Pour lui, la réponse est subordonnée à l'endroit où le délit a été commis puisque, du point de vue constitutionnel, si le délit a été commis au Manitoba, c'est la Loi du Manitoba qui s'appliquera. A son avis, la prétention que le délit a été commis au Manitoba est soutenable et on aurait tort d'accorder une requête en radiation de certaines allégations d'une déclaration, si le cas n'est pas parfaitement clair. En résumé, pour le citer textuellement, [TRADUCTION] «[si] l'invalidité constitutionnelle

ing cannot be made and therefore invalidity cannot be established”.

The conclusion of the learned Chief Justice of Manitoba was that the impugned Manitoba Act was concerned with the protection of that province's right of fishery and with the regulation of the enforcement of the common law tort of injury to that fishery. That was its pith and substance, and it was supportable under s. 92(5), (13), (14) and (16) of the *British North America Act*. The validity of the statute was not impeachable because it may adversely affect rights arising outside the province when those rights fall to be determined in Manitoba and in accordance with its laws. What Manitoba had done was to impose on persons within the jurisdiction of its Courts liability for damage by them to property interests in Manitoba resulting from acts originating outside the province and justified in Saskatchewan and Ontario by permits from their appropriate regulatory authorities. In fine, the Manitoba Act was concerned not with the existence of a right outside the province but rather with the assertion and exercise of a right within the province.

Hall J.A., with whom Monnin J.A. concurred, found it unnecessary to determine where the tort was committed. In his view, it was open to the province to attach legal consequences in its territory to tortious activity, whether occurring within or without the boundaries of the province, at least where the defendants were in the province and the liability was based upon damage in Manitoba to a Manitoba resource. Founding himself in the main on cases relating to the extraterritorial competence of the Parliament of Canada, Hall J.A. did not think that there was any territorial limitation which precluded a province from imposing liability upon persons in Manitoba for acts committed outside and to define the conditions upon which damages may be awarded for such extra-provincial torts where the matter related to property and civil rights in the province or to matters of a local and private nature therein.

est subordonnée à la conclusion que le délit a été commis à l'extérieur du Manitoba, comme on ne peut en venir à cette conclusion, l'invalidité n'est pas établie».

Le savant juge en chef du Manitoba a conclu que la Loi du Manitoba attaquée vise la protection du droit de la province dans les pêcheries et la réglementation de la responsabilité civile en *common law* à l'égard du préjudice causé à ces pêcheries. C'est là le caractère véritable de la Loi et elle se justifie en vertu des par. (5), (13), (14) et (16) de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. La validité de la loi ne peut être contestée par ce qu'elle porterait atteinte à des droits prenant naissance à l'extérieur de la province lorsque ces droits doivent être déterminés au Manitoba selon les lois de cette province. Ce qu'a fait le Manitoba a été imputer à des personnes, dans les limites du ressort de ses tribunaux, la responsabilité de dommages causés à des biens situés au Manitoba par des actes qui ont pris naissance à l'extérieur de la province et se justifiaient en Saskatchewan et en Ontario par les permis émis par l'organisme de contrôle approprié. En définitive, la loi du Manitoba ne vise pas l'existence d'un droit à l'extérieur du Manitoba mais plutôt la revendication et l'exercice d'un droit à l'intérieur de la province.

Le juge d'appel Hall, avec qui le juge d'appel Monnin a été d'accord, n'a pas jugé nécessaire de préciser où le délit a été commis. Selon lui, la province a le pouvoir d'attacher, à des actes délictueux, des effets juridiques dans son territoire, que ces actes aient été posés à l'intérieur ou à l'extérieur des limites de la province, au moins lorsque les défenderesses sont présentes dans la province et que leur responsabilité découle de dommages causés au Manitoba à un bien de cette province. Se basant surtout sur les arrêts relatifs à la compétence extra-territoriale du Parlement du Canada, le juge d'appel Hall n'a pas cru qu'il existait quelque restriction territoriale qui empêche une province d'imputer à des personnes présentes au Manitoba la responsabilité d'actes posés à l'extérieur et de déterminer les modalités de dommages intérêts pour les délits commis à l'extérieur de la province lorsqu'il s'agit de la propriété et des droits civils dans la province ou de matières d'une nature locale ou privée dans la province.

In his dissent, Guy J.A. agreed with Matas J. in his assessment of the legal effect of the Manitoba Act; the vice of the Act was in depriving the appellants of all possible defences to actions against them for polluting Manitoba waters. Guy J.A. was of the opinion that a province could not, in the guise of legislation in relation to property and civil rights in the province, take away civil rights enjoyed by the affected persons in other provinces or in other countries. What was in issue was not the jurisdiction of the Manitoba Courts, but the reach of Manitoba law to deprive persons subject to those Courts of rights enjoyed by them in respect of acts done outside Manitoba, and, indeed, to deprive them of defence for acts done outside of Manitoba where damage occurs in Manitoba, even of the defence that the damage was not a direct result of the extra-provincial act.

I have summarized the views of the Manitoba judges in this case to show the range of the matters canvassed by them, but not their details. What emerges from the reasons in the Courts below is a concern about the interaction of conflicts of laws questions with the territorial limits of provincial legislative power. This issue was touched upon, in a situation different from the present one, in *Attorney General of Ontario v. Scott*², and there is slight reference to it in *C.P.R. v. Parent*³, a judgment of the Privy Council reversing a judgment of this Court⁴. But the main reliance of the appellants in challenging the validity of the Manitoba Act on the basis of its extraterritorial impact was on *Royal Bank of Canada v. The King*⁵, which did not come here but went directly to the Privy Council from the Alberta Appellate Division.

Dans sa dissidence, le juge d'appel Guy a été d'accord avec le juge Matas sur l'effet de la Loi du Manitoba; ce qui l'invalide c'est qu'elle prive les appelantes de tout moyen de défense possible aux actions intentées contre elles pour la pollution des eaux manitobaines. Le juge d'appel Guy a été d'avis qu'une province ne peut pas, sous prétexte de légiférer en matière de propriété et droits civils dans la province, supprimer les droits civils dont jouissent dans d'autres provinces ou dans d'autres pays les personnes visées. Ce qui est en litige, ce n'est pas la juridiction des tribunaux du Manitoba, mais la portée de la loi manitobaine qui prive les personnes assujetties à ces tribunaux, de droits dont elles jouissaient à l'égard d'actes posés par elles à l'extérieur du Manitoba, et, de fait, les prive de moyens de défense pour des actes posés à l'extérieur du Manitoba lorsque le dommage survient au Manitoba, voire du moyen de défense que le dommage ne résulte pas directement de l'acte posé hors de la province.

J'ai résumé les points de vue des juges du Manitoba en cette affaire pour montrer, sans entrer dans les détails, la diversité des sujets qu'ils ont examinés. Les motifs des tribunaux d'instance inférieure traduisent une préoccupation à l'égard de l'interaction des questions de conflit de lois avec la limite territoriale du pouvoir législatif provincial. Cette question a été traitée, dans un contexte différent de celui de la présente affaire, dans le *Procureur général de l'Ontario c. Scott*², et il en est fait quelque peu mention dans *C.P.R. v. Parent*³, une décision du Conseil privé infirmant un arrêt de cette Cour⁴. Mais, pour contester la validité de la Loi manitobaine en raison de sa portée extra-territoriale, les appelantes se sont appuyées surtout sur l'arrêt *Royal Bank of Canada v. The King*⁵, affaire qui a été portée directement de la Division d'appel de l'Alberta au Conseil privé sans passer par cette Cour.

² [1956] S.C.R. 137.

³ [1917] A.C. 195.

⁴ (1915), 51 S.C.R. 234.

⁵ [1913] A.C. 283.

² [1956] R.C.S. 137.

³ [1917] A.C. 195.

⁴ (1915), 51 R.C.S. 234.

⁵ [1913] A.C. 283.

Before turning to examine the foregoing cases and others bearing on the issue of provincial competence, if any, to legislate with extraterritorial effect, I wish to deal with submissions made by Ipco and Dryden on the alleged invasion by Manitoba of federal legislative authority in relation to "seacoast and inland fisheries" under s. 91(12) of the *British North America Act*. None of the other submissions of the appellants as to encroachment on federal legislative authority, whether in relation to the criminal law or other heads of federal power need be considered; as to them, I am in agreement with both Matas J. and with the Manitoba Court of Appeal.

No attack was made in this Court upon the validity of any federal legislation or regulations thereunder, whether dealing with fisheries or with water quality as it affects fisheries. On this footing, the appellants' position was that not only did the Manitoba Act invade the exclusive legislative authority of Parliament in relation to fisheries, but it was also in conflict with federal legislation and hence must yield to it (or, alternatively, federal legislation has pre-empted the field in which the Manitoba Act purported to operate). The starting point for this double submission was the judgment of this Court in *The Queen v. Robertson*⁶, where the distinction between legislative power and property rights was first adumbrated, becoming later a staple of constitutional interpretation as a result of the judgment of the Privy Council in *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*⁷. Particular emphasis was laid by the appellants upon what Ritchie C.J. said in *The Queen v. Robertson*, at pp. 120-1 as follows:

I am of opinion that the legislation in regard to "Inland and Sea Fisheries" contemplated by the *British North America Act* was not in reference to "property and civil rights"—that is to say, not as to the ownership of the beds of the rivers, or of the fisheries, or the rights of individuals therein, but to subjects affecting the fisheries generally, tending to their regulations, protection and preservation, matters of a national and general

⁶ (1882), 6 S.C.R. 52.

⁷ [1898] A.C. 700.

Avant de passer à l'examen des arrêts mentionnés ci-dessus et des autres décisions sur la compétence des provinces, si elle existe, d'adopter des lois ayant une portée extra-territoriale, je veux traiter des prétentions d'Ipco et de Dryden sur le prétendu empiètement par le Manitoba sur la compétence législative du gouvernement fédéral concernant «les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» en vertu de l'art. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Il n'y a pas lieu de considérer les autres prétentions des appelantes à l'égard de l'empiètement sur l'autorité législative fédérale, que ce soit en relation avec le droit criminel ou d'autres sujets relevant du pouvoir fédéral; à l'égard de ces prétentions, je suis d'accord avec le juge Matas comme avec la Cour d'appel du Manitoba.

En cette Cour, on n'a contesté la validité d'aucune loi fédérale, ou règlement connexe, traitant soit des pêcheries soit de la qualité de l'eau dans la mesure où elle effecte les pêcheries. Sur ce point, la position des appelantes est que non seulement la Loi manitobaine empiète sur l'autorité législative exclusive du Parlement relative aux pêcheries, mais qu'elle entre aussi en conflit avec la loi fédérale devant laquelle elle doit donc céder (ou, autre argument, la loi fédérale a déjà occupé le champ d'application visé par la Loi manitobaine). L'arrêt de cette Cour dans *La Reine c. Robertson*⁶, est à la source de cette double prétention. Pour la première fois, dans cet arrêt, on a esquissé la distinction entre le pouvoir législatif et les droits de propriété, distinction qui est devenue plus tard un élément essentiel d'interprétation constitutionnelle par suite du jugement du Conseil privé dans *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*⁷. Les appelantes se sont surtout appuyées sur ce qu'a déclaré le juge en chef Ritchie dans *La Reine c. Robertson*, aux pp. 120-1:

[TRADUCTION] Je suis d'opinion que le pouvoir de légiférer à l'égard des «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur», envisagé par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'a pas rapport à la «propriété et aux droits civils»—c'est-à-dire la propriété du lit des rivières ou des pêcheries, ou les droits des individus à cet égard mais plutôt aux sujets touchant les pêcheries en général, visant leur réglementation, leur protection et leur con-

⁶ (1882), 6 R.C.S. 52.

⁷ [1898] A.C. 700.

concern and important to the public, such as the forbidding fish to be taken at improper seasons in an improper manner, or with destructive instruments, laws with reference to the improvement and increase of the fisheries; in other words, all such general laws as enure as well to the benefit of the owners of the fisheries as to the public at large, who are interested in the fisheries as a source of national or provincial wealth; in other words, laws in relation to the fisheries, such as those which the local legislatures were, previously to and at the time of confederation, in the habit of enacting for their regulation, preservation and protection, with which the property in the fish or the right to take the fish out of the water to be appropriated to the party so taking the fish has nothing whatever to do, the property in the fishing, or the right to take the fish, being as much the property of the province or the individual, as the dry land or the land covered with water.

The words in this passage, "tending to their regulation, protection and preservation", and the same words appearing in a passage on p. 123, were relied on by the appellants as excluding provincial competence to deal with nuisance or negligence or, indeed, with any civil liability in respect of interference with a right of fishery. The submission was that provincial competence was limited to determining ownership of fisheries, or other property interests therein, but no more. For the reasons that follow, I am unable to accept these submissions.

The right to fish in Manitoba is within the class of *profits à prendre*, being a real property interest which may exist either in gross or as appurtenant to a dominant tenement. The record in the present case does not disclose the nature of the rights of fishery which were involved in the present case, but it may be safely taken that they were rights of fishery in gross since, if appurtenant, they would be limited to the needs of the dominant tenement. Moreover, although it does not clearly appear whether any private rights of fishery were involved, as opposed to rights of fishery vested in the Crown in right of Manitoba, the authority of the province over property therein and its legislative right to assume ownership thereof make it unnecessary, in the light of the nature of the

servation, sujets d'intérêt national et général et important pour le public, comme l'interdiction de prendre du poisson en temps inopportun, d'une façon abusive, ou en employant des accessoires destructifs et les lois en vue de l'amélioration et de l'augmentation du rendement des pêcheries; en d'autres mots, toutes les lois générales dont le but est aussi bien l'avantage des propriétaires des pêcheries que du public en général qui s'intéresse aux pêcheries à titre de source de richesse pour le pays ou la province; en d'autres mots, les lois relatives aux pêcheries, comme celles que les législatures locales avaient coutume, avant la Confédération, d'adopter pour la réglementation, la conservation et la protection des pêcheries, lesquelles lois n'ont aucun rapport avec le droit de propriété sur le poisson ou le droit pour la personne qui pêche le poisson de s'approprier le poisson pris, le droit de propriété sur le poisson ou le droit de prendre le poisson appartenant autant à la province ou à l'individu, que la terre ferme ou les terrains recouverts d'eau.

Les appelantes se sont fondées sur les mots «visant leur réglementation, leur protection et leur conservation» que l'on trouve dans ce passage ainsi qu'à la p. 123. Elles ont soutenu qu'elles privent les provinces de la compétence de légiférer en matière de «nuisance» ou de négligence ou, de fait, en toute matière de responsabilité civile découlant d'une atteinte à un droit de pêche. On a prétendu que la compétence provinciale se limite à déterminer les droits de propriété des pêcheries, ou les autres droits de propriété inhérents à celles-ci, mais pas plus. Pour les raisons qui suivent, je ne puis accepter ces prétentions.

Le droit de pêche au Manitoba est dans la catégorie des «profits à prendre», puisqu'il est un droit immobilier qui peut exister par lui-même ou comme accessoire d'un fonds dominant. Le dossier en l'espèce ne révèle pas la nature des droits de pêche qui font l'objet du présent litige, mais on peut considérer qu'il s'agit de droits de pêche existant par eux-mêmes, puisque s'ils étaient accessoires, ils seraient limités aux besoins du fonds dominant. De plus, bien qu'il n'apparaisse pas clairement si quelque droit privé de pêche est en cause, par opposition aux droits de pêche dévolus à la Couronne du chef du Manitoba, l'autorité de la province à l'égard de la propriété de ces droits et son pouvoir législatif de se les approprier rendent inutiles, à la lumière de la nature des

proceedings out of which this appeal arose, to determine whether private rights of fishery existed in any of the waters alleged to have been polluted. There is also the fact that the statement of claim asserts Manitoba's ownership of all rights of fishery in its waters, and further asserts a sufficient interest of the erstwhile 1590 commercial fishermen in those fisheries to give substance to their assignments of their right to sue the appellants for damages.

That it was open to the federal Parliament to prohibit or regulate the use of rights of fishery, in the sense, *inter alia*, of limiting the permissible catch and determining open and closed seasons, was not disputed; and equally not disputed that it could do this by a licensing system. In Manitoba, the federal *Manitoba Fishery Regulations*, SOR/54-365, as amended, passed under the authority of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1952, c.119 (repealed and replaced by the *Manitoba Fishery Regulations*, SOR/71-264, effective June 8, 1971, made pursuant to the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c.F-14) provided for the licensing of commercial fishing in the waters of Manitoba. As a result of the pollution of those waters resulting in the ingestion of mercury by fish therein, fishing for commercial purposes was stopped as of April 1, 1970, in certain waters of Manitoba, and as of July 17, 1970, in other waters, and the number of sports fishing permits was decreased. It appears that it was either the provincial Minister in Manitoba or other Manitoba official who enjoined the commercial fishing but, in doing so, he was acting as the appropriate federal authority under the federal fishery regulations applicable to Manitoba. The legality of the prohibition of commercial fishing by the 1590 persons who obtained financial assistance under the *Manitoba Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act* is not challenged, nor can there be any challenge to the right of Manitoba to provide them with financial assistance. What is challenged as an encroachment on exclusive federal authority in relation to fisheries is the conferment by the Manitoba Act of the right of action in the Government of the province in the particular terms and with the particular advantages given to it as plaintiff.

procédures qui ont donné lieu à ce pourvoi, de déterminer l'existence de droits privés de pêche dans les eaux qu'on prétend avoir été polluées. Il y a aussi le fait que la déclaration allègue que le Manitoba est propriétaire de tous les droits de pêche dans ses eaux et de plus que les 1,590 personnes qui faisaient autrefois la pêche commerciale ont un droit suffisant dans ces pêcheries pour justifier la subrogation dans leurs droits de poursuivre les appelantes en dommages-intérêts.

On n'a pas contesté qu'il appartient au Parlement fédéral d'interdire ou réglementer l'exercice des droits de pêche, au sens, *inter alia*, de limiter la quantité de poisson qu'il est permis de prendre et d'établir les saisons de fermeture et d'ouverture; et qu'il peut le faire en établissant un régime de permis. Au Manitoba, le *Règlement de pêche du Manitoba*, DORS/54-365, modifié, édicté en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1952, c. 119, (abrogé et remplacé par le *Règlement de pêche du Manitoba*, DORS/71-264, en vigueur le 8 juin 1971, édicté en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, c. F-14) prévoit la délivrance de permis pour la pêche commerciale dans les eaux manitobains. A la suite de la pollution des eaux résultant de l'absorption de mercure par le poisson vivant dans ces eaux, la pêche commerciale a été interdite à compter du 1^{er} avril 1970, dans certaines eaux du Manitoba et, à compter du 17 juillet 1970, dans d'autres eaux, et le nombre de permis pour la pêche sportive a diminué. Il appert que c'est soit le ministre provincial du Manitoba ou un autre fonctionnaire manitobain qui a interdit la pêche commerciale mais, ce faisant, il agissait à titre de mandataire de l'organisme fédéral de contrôle dûment autorisé en vertu du règlement fédéral sur la pêche en vigueur au Manitoba. On ne conteste pas la légalité de l'interdiction de la pêche commerciale aux 1,590 personnes qui ont obtenu des prestations financières en vertu du *Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act* du Manitoba, non plus que le droit du Manitoba de verser ces prestations. Ce qui est contesté, comme un empiètement sur la compétence exclusive du fédéral à l'égard des pêcheries, est l'attribution par la Loi du Manitoba du droit d'action au gouvernement de la province selon les modalités et les avantages particuliers qui lui sont accordés à titre de demandeur.

Since, for the purposes of the present case, it must be taken that the Crown in right of Manitoba both owned the fisheries in the waters of the province and was proper assignee of such interests in those fisheries as the 1590 assignors had, the question that arises under the appellants' contention in respect of the federal fisheries power is whether the liability imposed under the Manitoba Act, and the recoverable loss where liability is established, go beyond the limits of provincial competence and invade that federal power. It is plain enough to me that a province having rights in property therein is entitled to protect those rights against injury, and, similarly, to protect the interests that others may have in that property, by bringing or authorizing actions for damages, either as at common law or under statutory provision. It is, in my view, untenable to fasten on words in a judgment, such as the words "tending to their regulation, protection and preservation", which appear in the reasons in *The Queen v. Robertson*, and read them as if they have literal constitutional significance. Federal power in relation to fisheries does not reach the protection of provincial or private property rights in fisheries through actions for damages or ancillary relief for injury to those rights. Rather, it is concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource, concerned to monitor or regulate undue or injurious exploitation, regardless of who the owner may be, and even in suppression of an owner's right of utilization. I see nothing in the impugned Manitoba Act that trespasses on federal legislative authority in relation to fisheries.

The issue of conflict with existing federal legislation or valid regulations thereunder was raised by the appellants in the light of s. 33(2) of the federal *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, as amended, which forbids, on pain of a summary conviction penalty, the deposit of deleterious substances in waters frequented by fish, unless permitted under applicable federal regulations. Section 33(7) empowers the convicting Court to make a restraining order in addition to imposing prescribed punishment for the offence and s. 33(10)

Puisque, pour les fins de la présente affaire, on doit présumer que la Couronne du chef du Manitoba est à la fois propriétaire des pêcheries dans les eaux de la province et est dûment subrogée aux droits dans ces pêcheries qu'avaient les 1,590 subrogeants, la question qui se pose par suite de la prétention des appelantes à l'égard de la compétence fédérale sur les pêcheries, est de savoir si la responsabilité décrétée par la Loi du Manitoba et, la détermination des dommages recouvrables, si la responsabilité est établie, outrepassent les limites de la compétence provinciale et envahissent le pouvoir fédéral. Il est clair pour moi qu'une province qui a des droits de propriété peut prendre des mesures pour les protéger et, de la même façon, protéger les intérêts que d'autres peuvent avoir dans ces droits, en intentant ou en autorisant des actions en dommages-intérêts, fondées soit sur la *common law* soit sur des dispositions statutaires. A mon avis, il est insoutenable de s'attacher aux mots d'un arrêt, tels que «visant leur réglementation, leur protection et leur conservation», dans les motifs de *La Reine c. Robertson*, et de leur donner, du point de vue constitutionnel, une portée littérale. Le pouvoir fédéral sur les pêcheries ne s'étend pas à la protection des droits privés ou provinciaux dans les pêcheries par la voie de recours en dommages-intérêts ou de redressements accessoires pour atteinte à ces droits. Il vise plutôt la protection et la conservation des pêcheries, à titre de richesse pour le public, et le contrôle et la réglementation de leur exploitation abusive ou nuisible, quel qu'en soit le propriétaire, et même la suppression de l'exercice du droit par le propriétaire. Je ne vois rien dans la Loi contestée du Manitoba qui empiète sur l'autorité législative fédérale relative aux pêcheries.

La question du conflit avec la loi fédérale existante ou avec le règlement dûment adopté en vertu de celle-ci, a été soulevée par les appelantes à la lumière du par. (2) de l'art. 33 de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, c. F-14, modifiée, qui défend, sous peine de sanction sur déclaration sommaire de culpabilité, le dépôt de substances nocives dans des eaux poissonneuses à moins que le règlement fédéral applicable le permette. Le paragraphe (7) de l'art. 33 donne au tribunal qui déclare une personne coupable le pouvoir d'émet-

provides that "no civil remedy for any act or omission is suspended or affected by reason that the act or omission is an offence under this section". "Deleterious substance" is defined in s. 33(11) to mean any substance that if added to water would degrade or alter its quality so that it is rendered deleterious to fish or to the use by man of fish that frequent that water.

It may fairly be taken that a deleterious substance under the *Fisheries Act* is also a contaminant under the Manitoba Act that is in issue in these proceedings; but the similarity of definition in the effect of the pollutant (to use a neutral term) on fish does not result in the preclusion of the provincial Act or in its sterilization. The federal definition is directed to a penal sanction in the general public interest and is not concerned (as s. 33(10) thereof emphasizes) with civil redress. Although there may conceivably be some overlap if a restraining order is made under the federal Act and if an injunction is directed (as is sought in the claim for relief in the present case), this issue and its constitutional effect need not be faced unless orders are made that have concurrent force, and there is no such situation presented here.

This is not a case where provincial legislation has purported to make unlawful an activity which is permitted under federal legislation; and even assuming that this would be so in the light of the federal *Chlor-Alkali Mercury Regulations*, SOR/72-92 of March 29, 1972, and especially of s. 4(1) of those Regulations (permitting deposits of specified quantities of mercury without liability to punishment), those Regulations were not in force when the proceedings herein were instituted and, at the most, could only affect, if they would have any effect at all, the scope of any injunction that might be directed in the civil suit.

I come now to the question that was central to the conclusions of the Manitoba Courts, namely,

tre un ordre de prohibition en sus de la peine prescrite pour l'infraction et le par. (10) de l'art. 33 prévoit qu'«aucun recours devant les tribunaux civils pour un acte ou une omission n'est suspendu ni affecté du fait que l'acte ou l'ommission constitue une infraction au présent article». Le paragraphe (11) de l'art. 33 définit une «substance nocive» comme «toute substance qui si elle était ajoutée à une eau, dégraderait ou modifierait sa qualité de façon à la rendre nocive pour le poisson et à rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui vit dans cette eau.»

On peut très bien considérer qu'une substance nocive en vertu de la *Loi sur les pêcheries* est aussi un polluant en vertu de la Loi du Manitoba en litige dans les présentes procédures; mais la similitude de définition dans l'effet sur le poisson de l'agent de contamination (pour employer un mot neutre) n'a pas pour résultat d'écarter la Loi provinciale ou de la rendre inopérante. La définition fédérale vise à procurer une sanction d'ordre pénal dans l'intérêt du public en général sans avoir aucunement en vue les recours civils (comme le par. (10) de l'art. 33 de ladite loi le souligne). Bien qu'on puisse concevoir quelque chevauchement s'il y a un ordre de prohibition en vertu de la Loi fédérale ainsi qu'une injonction (comme le requiert l'une des conclusions de la présente action), cette question et ses conséquences d'ordre constitutionnel n'ont pas à être considérées à moins que les ordres émis s'appliquent concurremment, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il ne s'agit pas d'un cas où une loi provinciale a voulu rendre illégale une activité permise par la loi fédérale; et même si c'était le cas à l'égard du *Règlement fédéral sur le mercure provenant des fabriques de chlore et de soude caustique*, DORS/72-92 du 29 mars 1972, et plus particulièrement du par. (1) de l'art. 4 de ce règlement (qui permet le dépôt d'une quantité déterminée de mercure sans sanction possible), ce règlement n'était pas en vigueur lorsque les présentes procédures ont été intentées et, au plus, il ne pourrait avoir d'effet, s'il en est, que sur la portée de l'injonction qui pourrait être émise dans la poursuite civile.

J'en arrive maintenant au point qui est au cœur des conclusions des Cours du Manitoba, à savoir si

whether the challenged Manitoba Act was in relation to any property interests or other civil law interests of the appellants or others outside the Province of Manitoba and hence was beyond Manitoba's legislative power. Certain features of the Manitoba Act, however unique or burdensome or even unfair in impact, are clearly without constitutional infirmity. I put in this class the provisions for assignment of a bare right of action under s. 3(1)(2); the provisions of s. 3(3) for recovery of money damages which may exceed the loss actually suffered and be up to the total of payments actually made by the Government under s. 2; the provision putting upon defendants the burden of proof of lawful excuse for pollution under s. 4(1); the provision of s. 4(1)(a) making it immaterial to liability that loss was suffered by an assignor having no proprietary interest in the affected fishery (*i.e.* making economic loss alone recoverable); the provisions of s. 4(1)(c) making it immaterial to liability that there were other contributing causes or others were contributing to the pollution; and the provisions of s. 4(1)(d), easing the burden of proving cause and effect in the discharge of a contaminant by a defendant. Indeed, the constitutionality of these provisions was not attacked directly. The attack, if any, came in connection with the objection taken to the validity of the words of s. 4(1) defining the basis of liability, the validity of s. 4(1)(b) and, in the main, the validity of s. 4(2).

I repeat here, for convenience of reference, those provisions of the Act, being all in s. 4 thereof, upon which the constitutional objection now being considered was founded. They read as follows:

4(1) In any suit in which the government is a plaintiff wherein the pollution of water is in issue, if it is established by the degree of proof required in a civil suit that the defendant has . . . discharged or permitted the discharge of any contaminant from premises occupied by

la Loi contestée du Manitoba est relative à des droits de propriété où à d'autres droits civils des appelantes ou d'autres personnes à l'extérieur de la province du Manitoba et outrepassé par conséquent la compétence législative provinciale. Certains aspects de la Loi du Manitoba, si unique, onéreuse ou même inéquitable que soit leur répercussion, sont de toute évidence valides du point de vue constitutionnel. Je place en cette catégorie les dispositions relatives à la subrogation dans un simple droit de poursuite en vertu des par. (1) et (2) de l'art. 3; les dispositions du par. (3) de l'art. 3 traitant du recouvrement de dommages-intérêts qui peuvent dépasser le montant du préjudice réel subi et s'élever au total des prestations effectivement versées par le gouvernement en vertu de l'art. 2; la disposition du par. (1) de l'art. 4 imposant aux défenderesses le fardeau de la preuve de l'excuse légitime justifiant la pollution; la disposition de l'al. *a*) du par. (1) de l'art. 4 rendant sans conséquence à l'égard de la responsabilité le fait que le préjudice ait été subi par un subrogeant n'ayant pas de droit de propriété dans la pêcheerie visée (*c.-à-d.* rendant ainsi recouvrable une simple perte économique); les dispositions de l'al. *c*) du par. (1) de l'art. 4 rendant sans conséquence à l'égard de la responsabilité le fait que d'autres causes ou d'autres personnes aient contribué à la pollution; et les dispositions de l'al. *d*) du par. (1) de l'art. 4 facilitant la preuve de la cause et des effets du déversement d'un polluant par un défendeur. De fait, la constitutionnalité de ces dispositions n'a pas été attaquée directement. Si elle l'a été, ce n'est qu'à l'occasion des objections soulevées contre la validité du texte du par. (1) de l'art. 4 qui définit la base de responsabilité, la validité de l'al. *b*) du par. (1) de l'art. 4 et, dans son ensemble, la validité du par. (2) de l'art. 4.

Pour faciliter la consultation, je cite de nouveau ici ces dispositions de l'art. 4 de la Loi, qui ont servi de base à l'objection constitutionnelle qui est maintenant examinée. Ces dispositions sont les suivantes:

4.(1) Dans toute poursuite relative à la pollution de l'eau où le gouvernement est demandeur, si la preuve établit au degré de certitude requis en matière civile, que le défendeur a sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, déversé ou permis que soit déversé en

him, into waters in the province or into any waters whereby the contaminant is carried into waters in the province, and that thereafter fish in those waters have suffered death, disease or injury, or contamination rendering them unfit or unsafe for human consumption, or any adverse effect whereby they are rendered less marketable, the defendant is liable for all financial loss occasioned thereby to any person whose loss is a subject matter of the suit, notwithstanding any one or more of the following circumstances:

(b) A regulatory authority has forbidden or refused to permit the taking of fish from that fishery by reason of the pollution of the waters thereof.

4(2) For the purposes of subsection (1) it is not a lawful excuse for the defendant to show that the discharge of the contaminant was permitted by the appropriate regulatory authority having jurisdiction at the place where the discharge occurred, if that regulatory authority did not also have jurisdiction at the place where the contaminant caused damage to the fishery.

Section 4(1) may be regarded, so far as the appellants are concerned, as making Manitoba law, as expressed therein, applicable to their activities originating in Saskatchewan and Ontario respectively, but only by reason of their having caused damage to a fishery in Manitoba by discharging a contaminant into waters flowing into Manitoba. We are not concerned in this case with the jurisdiction of the Manitoba Courts over the appellants; that is not disputed because they have a sufficient presence in that Province to provide a basis for jurisdiction *in personam*. Hence, any question of constitutional limitation on the power of the Province to act within the Province against non-residents (to use a general term), by fashioning its own rules to provide a basis for service *ex juris*, does not arise.

Jurisdiction *in personam* being uncontested, the issue in this case turns therefore on applicable law, on the choice of law to govern the liability of the appellants for the damage and loss suffered in Manitoba. I do not see how it can be said that the Manitoba Act denies to the appellants any legal rights they acquired in Saskatchewan or in Ontario in respect of the operation there of their respective chlor-alkali plants. If, as is assumed for

provenance des lieux qu'il occupe, quelque polluant, dans les eaux de la province ou dans toutes autres eaux qui charrient le polluant dans les eaux de la province et que par suite du poisson dans ces eaux est devenu malade, est mort ou a été contaminé, devenant ainsi impropre à la consommation humaine ou dangereux pour celle-ci, ou détérioré dans sa valeur marchande, le défendeur est responsable de toutes les pertes financières subies par toute personne dont le préjudice fait l'objet de la poursuite, nonobstant une ou plusieurs des circonstances suivantes:

b) Un organisme de contrôle a interdit ou refusé la permission de pêcher en ce lieu en raison de la pollution des eaux.

4.(2) Pour les fins du paragraphe (1), la preuve par le défendeur que le déversement du polluant a été autorisé par l'organisme de contrôle compétent à l'endroit où le déversement s'est effectué ne constitue pas une excuse légitime, si cet organisme n'est pas également compétent à l'endroit où le polluant a causé des dommages aux pêcheries.

On peut considérer que dans la mesure où il vise les appelantes, le par. (1) de l'art. 4 rend la Loi manitobaine qui y est énoncée applicable à leurs activités ayant pris naissance en Saskatchewan et en Ontario respectivement, mais seulement parce que ces activités ont causé des dommages à une pêcherie au Manitoba, en déversant un polluant dans des eaux qui s'y déversent. La juridiction des tribunaux du Manitoba sur les appelantes n'est pas en cause en l'espèce; elle n'est pas contestée puisque celles-ci sont suffisamment présentes dans la province pour qu'on puisse invoquer une juridiction *in personam*. Par conséquent, aucune question n'est soulevée sur les limites constitutionnelles du pouvoir de la province de légiférer à l'intérieur de ces limites envers des non-résidents (pour employer un terme général), en édictant ses propres règles pour permettre la signification *ex juris* d'une action.

La juridiction *in personam* n'étant pas contestée, il s'agit en l'espèce, de déterminer la loi applicable qui régit la responsabilité des appelantes à l'égard des dommages et des pertes subis au Manitoba. Je ne vois pas comment on peut dire que la Loi du Manitoba dénie aux appelantes quelque droit qu'elles ont acquis en Saskatchewan ou en Ontario à l'égard de l'exploitation dans ces deux provinces de leur usine respective de chlore et de

the purposes of this case, they are respectively licensed to discharge contaminants to the extent that they did, that licence, local to each of the provinces, does not have an extra-territorial reach to entitle each of them with impunity to send their pollutants into the waters of another province. That would be to assert against Manitoba an extra-territorial privilege and to use it as a basis for denying to Manitoba any local internal power to charge Ipco and Dryden with civil liability for damage produced in Manitoba to Manitoba property interests.

There is, of course, no title in flowing water, and if any regulatory authority to have interprovincial effect is to exist in respect of pollution of interprovincial waters it would have to be established under federal legislation. It may be (and this does not appear in the record) that the licence to discharge pollutants into the South Saskatchewan and the Wabigoon rivers came from a federal source but, as in the case of federal fishery regulations, it did not purport to have more than a local intra-provincial force; and hence no nourishment for their constitutional position can be found by Ipco and Dryden in the fact that they were licensed to pollute in Saskatchewan and Ontario. One might urge, with equal want of logic, that an American state could authorize pollution of an international river flowing into Manitoba and thus immunize the polluter against liability in Manitoba for damage caused in Manitoba. To put the matter in tort terms, Ipco and Dryden in discharging a pollutant into waters that flow into an adjoining province created a risk of harm there that could not be justified by reliance on permission that was necessarily limited to the waters and the fisheries in the licensing provinces.

What must be the resort of Ipco and Dryden is that Manitoba law does not, or does not alone, govern the liability of the appellants for the damage and loss that occurred in Manitoba. What, then, is the law that governs this liability, or is it, in any event, open to Manitoba to determine for

soûde caustique. Si, comme on le présume aux fins de cette affaire, elles ont respectivement obtenu des permis pour déverser des polluants autant qu'elles l'ont fait, ce permis, de portée provinciale dans chacune des provinces, n'a pas d'effet extra-territorial qui permettrait à chacune d'elles d'envoyer impunément ses polluants dans les eaux d'une autre province. Cela équivaldrait à invoquer contre le Manitoba un privilège extra-territorial et s'en servir pour nier à cette province tout pouvoir local interne de rendre Ipco et Dryden responsables civilement du préjudice causé au Manitoba à des droits de propriété manitobains.

Il n'y a évidemment aucun droit de propriété sur les eaux courantes et aucun organisme de contrôle ne peut avoir une compétence interprovinciale à l'égard de la pollution des eaux interprovinciales, s'il n'est établi en vertu d'une loi fédérale. Il est possible (cela n'apparaît pas au dossier) que les permis de déverser des polluants dans les rivières South Saskatchewan et Wabigoon, émanent d'une autorité fédérale, mais, comme le règlement fédéral des pêcheries, ils ne visent qu'une application locale à l'intérieur de la province; et, par conséquent, Ipco et Dryden ne peuvent trouver d'appui à leur position constitutionnelle dans le fait qu'ils détiennent en Saskatchewan et en Ontario des permis de déverser des polluants. On pourrait soutenir, avec un égal manque de logique, qu'un état américain pourrait autoriser la pollution d'une rivière internationale se jetant dans le Manitoba et ainsi rendre l'auteur du déversement exempt de toute poursuite au Manitoba pour un préjudice causé dans cette province. Pour considérer la question sous l'angle délictuel, Ipco et Dryden, en déversant un polluant dans des eaux qui se jettent dans une province adjacente, ont créé un risque de préjudice qui ne peut se justifier en invoquant une permission nécessairement restreinte aux eaux et aux pêcheries des provinces qui ont émis les permis.

Tout ce que peuvent prétendre Ipco et Dryden c'est que la Loi du Manitoba ne régit pas ou ne régit pas seule leur responsabilité pour les dommages et pertes subis au Manitoba. Quelle est alors la loi qui régit cette responsabilité ou, de toute façon, appartient-il au Manitoba de déterminer lui-

itself, having jurisdiction over the appellants, how their liability should be determined for damage and loss in Manitoba? In respect of this latter point, the constitutional issue, if any, has a similarity to that which this Court and the Privy Council considered in cases touching the power of a province to fix for itself the situs of intangibles for the purpose of provincial taxation: see, for example, *The King v. National Trust Co.*⁸ However, for the reasons that follow, I do not think such an issue has to be met in this case. In my opinion, choice of law principles relative to the place of commission of the tort in the present case make it appropriate for Manitoba to apply its own law, whether common law or statute law, to the liability of Ipco and Dryden; and, moreover, I find no excess of constitutional power in the way in which the impugned legislation operates. In short, I do not regard this as a case where Manitoba has purported to bring within its borders a tort which could not justifiably be litigated there under Manitoba law by common law choice of law principles. Certainly, in proceedings originating in a motion to strike out the major part of the statement of claim it would be rash (as Chief Justice Freedman noted in his reasons) to view the facts in the present case as giving rise to a tort actionable under Saskatchewan and under Ontario law but not under Manitoba law.

Manitoba's predominant interest in applying its own law, being the law of the forum in this case, to the question of liability for injury in Manitoba to property interests therein is undeniable. Neither Saskatchewan nor Ontario can put forward as strong a claim to have their provincial law apply in the Manitoba action; in other words, the wrong in this case was committed, or the cause of action arose in Manitoba and not in Saskatchewan or in Ontario. There is hence no need to consider either

même, puisqu'il a juridiction sur les appelantes, comment leur responsabilité sera établie pour les dommages et pertes au Manitoba? A l'égard de ce dernier point, la question constitutionnelle, s'il en est une, est semblable à celle que cette Cour et le Conseil privé ont examinée dans des arrêts relatifs au pouvoir d'une province de déterminer elle-même le *situs* de biens incorporels pour les assujettir à l'impôt provincial: voir, par exemple, *Le Roi c. National Trust Co.*⁸. Toutefois pour les motifs qui suivent, je ne crois pas qu'il faut répondre à cette question en l'espèce. A mon avis, les règles sur le choix du droit du lieu où le délit a été commis rendent en l'espèce, le Manitoba habile à appliquer, à l'égard de la responsabilité de Ipco et Dryden, son propre droit fondé sur la *common law* ou sur ses statuts; et, de plus, je ne considère pas qu'il ait outrepassé sa compétence constitutionnelle dans la loi attaquée. Bref, je ne considère pas qu'il s'agit d'un cas où le Manitoba ait voulu amener à l'intérieur de ses frontières un litige délictuel dont il n'aurait pu justifier qu'il y soit décidé selon ses lois, en invoquant les principes de la *common law* sur le choix du droit applicable. Dans des procédures instituées par requête pour radier la plus grande partie de la déclaration, il serait certes téméraire (comme le juge en chef Freedman l'a signalé dans ses motifs) de considérer les faits en l'espèce comme donnant naissance à un délit passible de poursuite selon les lois de la Saskatchewan et de l'Ontario, mais non celles du Manitoba.

Il est indéniable qu'il est des plus important pour le Manitoba d'appliquer sa propre loi, qui est la loi du forum en l'espèce, à la question de la responsabilité pour un préjudice causé, au Manitoba, à des droits de propriété situés en cette province. Ni la Saskatchewan ni l'Ontario n'ont de motif aussi sérieux pour soutenir que leurs lois provinciales s'appliquent à l'action intentée au Manitoba; en d'autres mots, la faute en l'espèce a été au Manitoba, c'est là que la cause d'action a pris naissance et non pas en Saskatchewan ni en Ontario. Il n'y a pas lieu par conséquent d'exami-

⁸ [1933] S.C.R. 670.

⁸ [1933] R.C.S. 670.

*Phillips v. Eyre*⁹ or other cases in which it has been considered or reconsidered such as *Chaplin v. Boys*¹⁰, since these cases involve the situation where the tort or wrong or the cause of action had arisen outside the forum or the jurisdiction in which suit was brought. The question whether the rules in *Phillips v. Eyre* are jurisdictional (and this is unlikely), or are indeed choice of law rules, does not arise in the present case upon the conclusion being reached that there is here no tort that has arisen outside of Manitoba and is being sued upon in Manitoba. To the extent that the recent judgment of this Court in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, judgment pronounced December 21, 1973, but not yet reported [now reported¹¹], may be said to relate to choice of law principles as well as to jurisdiction, it supports the view I take here as to the place where the cause of action arose.

If, as I would hold, Manitoba law is applicable to redress the injury suffered in that province, how can there be constitutional infirmity in its imposition of liability merely because the cause of the damage arose outside Manitoba, or because as a result of the damage fishing in Manitoba has been halted by the governing regulatory authority or because Manitoba refuses to recognize within Manitoba the lawfulness of the discharge of the pollutant outside Manitoba? I do not regard any of these circumstances, not even that last mentioned (reflected in s. 4(2) of the Manitoba Act) as involving legislation in relation to any civil rights or interests of the appellants outside of Manitoba. Of course, the Manitoba Act has an effect upon them, but its purpose is to strike at the damage and loss produced in Manitoba to Manitoba property.

None of the cases cited by the appellants as a basis for their constitutional position support it. I

⁹ (1870), L.R. 6 Q.B. 1.

¹⁰ [1971] A.C. 356.

¹¹ [1975] 1 S.C.R. 393.

ner soit *Phillips v. Eyre*⁹ ou d'autres arrêts dans lequel cet aspect a été examiné ou réexaminé comme l'arrêt *Chaplin v. Boys*¹⁰, puisque ces arrêts visent une situation dans laquelle la faute ou le délit ou la cause d'action a pris naissance à l'extérieur du forum ou du ressort où l'action a été intentée. La question de savoir si les règles énoncées dans *Phillips v. Eyre* touchent la compétence (cela est peu probable) ou sont vraiment des règles relatives au choix du droit applicable, n'a pas été soulevée en l'espèce vu la conclusion qu'il n'y a pas eu délit commis à l'extérieur du Manitoba et faisant l'objet d'une action intentée au Manitoba. Dans la mesure où l'arrêt récent de cette Cour dans *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, jugement rendu le 21 décembre 1973 mais pas encore publié [maintenant publié¹¹], peut être considéré comme ayant trait au choix du droit applicable aussi bien qu'à la compétence, il étaye le point de vue que j'adopte ici à l'égard du lieu où la cause d'action a pris naissance.

Si, comme je le crois, la Loi du Manitoba s'applique pour réparer le préjudice subi dans la province, comment pourrait-il y avoir une invalidité constitutionnelle dans le fait qu'elle impose une responsabilité simplement parce que la cause du dommage a pris naissance à l'extérieur du Manitoba, ou parce que, à la suite du dommage, la pêche a été interdite au Manitoba par l'organisme de contrôle gouvernemental ou parce que le Manitoba refuse de reconnaître à l'intérieur de la province la légalité du déversement d'un polluant à l'extérieur? Je ne considère pas qu'aucune de ces circonstances, pas même la dernière mentionnée (qui se reflète au par. (2) de l'art. 4 de la Loi du Manitoba) implique qu'il s'agit d'une législation relative aux droits civils ou autres droits des appelantes à l'extérieur du Manitoba. Évidemment, la Loi du Manitoba leur porte atteinte, mais elle vise les dommages et pertes survenus au Manitoba à des biens manitobains.

Aucun des arrêts que les appelantes ont cités à l'appui de leur prétention constitutionnelle, ne la

⁹ (1870), L.R. 6 Q.B. 1.

¹⁰ [1971] A.C. 356.

¹¹ [1975] 1 R.C.S. 393.

begin with a reference to *Desharnais v. C.P.R.*¹², where it was contended that a resident of Alberta, injured in Saskatchewan in the course of his employment by the defendant was precluded from suing in the Saskatchewan Courts because of the provision for workmen's compensation under Alberta legislation. This contention was rejected as involving an assertion of Alberta law to govern a tort committed in Saskatchewan. Merely to state the facts of the *Desharnais* case is to demonstrate how far removed it is from the present case. If at all relevant, the *Desharnais* case would exclude the application of Saskatchewan or Ontario law to control liability for a tort committed in Manitoba. *C.P.R. v. Parent*¹³, represents the converse situation to *Desharnais* because of the contention that a right of action arose in Quebec under s. 1056 of its *Civil Code* in respect of the death of a Quebec domiciliary, an employee of the appellant, which resulted from an accident in Ontario brought about by the negligence of servants of the appellant. It appears that by reason of certain contractual undertakings between the deceased and the appellant, no action would have lain in Ontario under its *Fatal Accidents Act* as a result of the death of the deceased. Apart from any conflict of laws question as to the right to succeed in a Quebec suit, it was held by the Privy Council that art. 1056, in giving an independent right of action, should be construed as applicable only to offences or quasi-offences committed in Quebec. The *obiter* statement of Viscount Haldane at p. 206 that "no doubt the Quebec Legislature could impose many obligations in respect of acts done outside the province on persons domiciled within its jurisdiction" is of marginal significance in the present case because on the facts it is unnecessary for the respondent to rely on this statement in support of its legislation; but, it does offer some support, if support is needed.

This brings me to *Royal Bank of Canada v. The King*¹⁴, and to such later cases as *Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission*

¹² [1942] 4 D.L.R. 605.

¹³ [1917] A.C. 195.

¹⁴ [1913] A.C. 283.

soutient. Je commence par l'affaire *Desharnais v. C.P.R.*¹², où la défenderesse prétendait qu'un résident de l'Alberta, blessé en Saskatchewan alors qu'il y travaillait pour elle, était empêché d'intenter une action devant les tribunaux de la Saskatchewan par les dispositions des lois de l'Alberta sur les accidents du travail. On a rejeté cette prétention comme impliquant une tentative de la Législature de l'Alberta de régir un délit civil commis en Saskatchewan. Le simple énoncé des faits dans l'affaire *Desharnais* démontre combien elle a peu d'analogie avec le cas en l'espèce. S'il était quelque peu pertinent, l'arrêt *Desharnais* excluait l'application des lois de la Saskatchewan ou de l'Ontario, à la responsabilité d'un délit commis au Manitoba. Dans *C.P.R. v. Parent*¹³ la situation était à l'opposé de *Desharnais*: on prétendait que l'art. 1056 du *Code civil* donne un droit d'action dans la province de Québec par suite du décès d'un employé de l'appelante, domicilié dans la province, alors que ce décès résultait d'un accident survenu en Ontario par la négligence des préposés de l'appelante. A cause d'une certaine entente contractuelle entre le défunt et l'appelante, aucune action n'aurait pu être intentée en Ontario sous le régime du *Fatal Accidents Act* par suite de ce décès. Indépendamment de toute question de droit international privé quant au droit d'intenter une action au Québec, il a été jugé par le Conseil privé que l'art. 1056, donnant un droit d'action distinct, doit s'interpréter comme s'appliquant seulement aux délits ou quasi-délits commis au Québec. L'*obiter* du vicomte Haldane à la p. 206 que [TRADUCTION] «il n'y a pas de doute que la Législature du Québec peut imposer aux personnes domiciliées dans son ressort des obligations à l'égard d'actes posés à l'extérieur de la province» n'a qu'une portée marginale en l'espèce, puisque d'après les faits l'intimée n'a pas à se fonder sur ce principe pour appuyer sa loi; mais il apporte un certain appui, s'il en est besoin.

J'en suis maintenant à l'arrêt *Royal Bank of Canada c. Le Roi*¹⁴, et aux arrêts plus récents comme *Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Elec-*

¹² [1942] 4 D.L.R. 605.

¹³ [1917] A.C. 195.

¹⁴ [1913] A.C. 283.

of Ontario¹⁵; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. Ltd. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*¹⁶, and *Crédit Foncier Franco-Canadien v. Ross*¹⁷. The first observation I would make is that all these cases involved contractual undertakings which later provincial legislation sought to abrogate, and the invalidation of the legislation proceeded on the footing that the contracts created civil rights outside the territory of the Provinces which those Provinces were powerless to destroy. Whatever be the merit of the criticism of the *Royal Bank of Canada* case in particular, its principle does not touch the present case which involved no promissory undertakings. Second, as Freedman C.J.M. pointed out in his reasons, if there be analogy by reference to where the rights in issue in each case were enforceable, it is obvious that in the present case they were enforceable only in Manitoba and not outside, as was the situation in the *Royal Bank of Canada* case.

Nor do I think that there is anything in *Attorney General of Ontario v. Scott*¹⁸, which supports the position of the appellants. That case dealt in the main with contentions of (1) unconstitutional delegation of legislative power, (2) invasion by Ontario (whose legislation was under attack) of s. 96 of the *British North America Act* by vesting in a provincially appointed magistrate jurisdiction appropriate only to a superior court judge, and (3) invasion of the federal treaty-making power. Only Rand J., speaking for himself and three other members of the Court (there were eight who participated in the judgment), addressed himself to the question whether there were involved "civil rights which do not lie within the scope of provincial jurisdiction" (to use his words at p. 139). The case concerned a reciprocal arrangement between Ontario and England for the enforcement in Ontario against resident husbands of provisional maintenance orders for which proceedings had

*tric Power Commission of Ontario*¹⁵; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. Ltd. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*¹⁶, et *Crédit Foncier Franco-Canadien v. Ross*¹⁷. La première remarque que je ferai c'est que toutes ces affaires visaient des obligations contractuelles qu'une loi provinciale avait par la suite cherché à abroger, celle-ci a été déclarée invalide parce que les contrats avaient créé des droits civils à l'extérieur du territoire des provinces, droits que ces provinces n'avaient pas le pouvoir de supprimer. Quelle que soit la valeur de la critique de l'arrêt *Royal Bank of Canada* en particulier, son principe ne s'applique pas à la présente affaire où il n'y a pas d'engagement de faire quelque chose. En second lieu, comme le juge en chef du Manitoba, le juge Freedman, l'a fait remarquer dans ses motifs, s'il y a analogie quant au lieu où en chaque arrêt les droits étaient exécutoires, il est évident qu'en l'espèce ils sont exécutoires seulement au Manitoba et non à l'extérieur comme dans l'affaire *Royal Bank of Canada*.

•Je ne crois pas non plus qu'il y ait quoi que ce soit dans l'arrêt le *Procureur général de l'Ontario c. Scott*¹⁸, qui étaye la position des appelantes. Dans cette affaire-là, on prétendait principalement que (1) la délégation du pouvoir législatif est inconstitutionnelle, (2) l'Ontario (dont la loi était attaquée) avait envahi le champ de l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* en conférant à un magistrat nommé par la province une juridiction qui ne peut être attribuée qu'à un juge d'une cour supérieure, et (3) il y avait envahissement du pouvoir fédéral de conclure des traités. Seul le juge Rand, parlant en son nom et au nom de trois autres juges de la Cour (huit juges ayant participé à la décision), s'est posé la question de savoir si l'affaire se rapportait [TRADUCTION] «à des droits civils qui ne relèvent pas de la compétence d'une province» (selon les mots qu'il emploie à la p. 139). Il s'agissait dans cette affaire-là d'une entente de réciprocité entre l'Ontario et l'Angle-

¹⁵ [1937] O.R. 265.

¹⁶ [1937] O.R. 796.

¹⁷ [1937] 3 D.L.R. 365.

¹⁸ [1956] S.C.R. 137.

¹⁵ [1937] O.R. 265.

¹⁶ [1937] O.R. 796.

¹⁷ [1937] 3 D.L.R. 365.

¹⁸ [1956] R.C.S. 137.

been initiated in England by wives resident there. The *Ontario Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act*, then R.S.O. 1950, c. 334, purported to carry out this arrangement through a show cause summons served upon the husband in Ontario for confirmation of the provisional order made abroad. Only defences which might have been raised in England were open in the confirmatory proceedings in Ontario. This Court saw no constitutional defect in this legislation; and in upholding it Rand J. said that he saw "no jural distinction between creation and enforcement of a contract and the recognition and enforcement of a marital duty; the latter in fact arises out of or is attributable to a contract, that of marriage" (at p. 140).

It was in this context that Rand J. spoke as follows (at p. 141):

A distinction may properly be made between vesting a right and extinguishing it. The former is, in fact, a declaration that within the jurisdiction making it the attributes of ownership of property or of a claim against a person within the jurisdiction, are available to the non-resident. Generally, the right so declared would be recognized and enforced under the principle of comity by other jurisdictions. But a like declaration purporting to extinguish a right based on jurisdiction over the debtor only could not bind the non-resident creditor—in the case of a province, even in its own courts, *Royal Bank of Canada v. The King*—outside of that jurisdiction unless otherwise supported by recognized elements furnishing jurisdiction over him or the right. In short, a state, including a province, does not require jurisdiction over a person to enable it to give him a right in personam; but ordinarily, and to be recognized generally, such a jurisdiction is necessary to divest such a right. That is not to say that jurisdiction of this nature is in itself always sufficient to divesting.

The reference to debtor and creditor in this passage shows how different is the situation that he

terre pour l'exécution en Ontario contre le mari y résidant, d'ordonnances d'entretien provisoire rendues sur des procédures intentées en Angleterre par une épouse y résidant. L'*Ontario Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act*, alors R.S.O. 1950, c. 334, visait à appliquer cette entente en signifiant au mari résidant en Ontario une sommation de montrer cause sur la demande d'homologation de l'ordonnance provisoire rendue à l'étranger. Seuls les moyens de défense qu'on aurait pu faire valoir en Angleterre pouvaient être invoqués dans les procédures d'homologation en Ontario. Cette Cour n'a pas vu d'irrégularité constitutionnelle en cette loi; et en maintenant sa validité, le juge Rand a déclaré qu'il ne voyait [TRADUCTION] «pas de distinction juridique entre la création et l'exécution d'un contrat et la reconnaissance et l'exécution d'une obligation matrimoniale; celle-ci en réalité découle d'un contrat: le mariage» (à la p. 140).

C'est dans ce contexte que le juge Rand a déclaré ce qui suit (à la p. 141):

[TRADUCTION] On peut à bon droit faire une distinction entre le fait de conférer un droit et celui d'y mettre fin. Dans le premier cas, il s'agit en fait d'une déclaration à l'effet que, dans la juridiction que confère le droit, les attributs du droit de propriété ou d'action en réclamation contre une personne dans le ressort territorial sont accessibles au non-résident. En règle générale, le droit déclaré ainsi serait reconnu et exécuté par d'autres juridictions en vertu du principe de courtoisie. Mais une telle déclaration qui viserait à éteindre un droit fondé sur une autorité qui s'exercerait à l'égard du débiteur seulement ne pourrait pas lier le créancier non résident—dans le cas d'une province, même devant ses propres tribunaux (*Royal Bank of Canada v. The King*)—hors de cette juridiction territoriale à moins que, par ailleurs, cette déclaration ne soit appuyée par des éléments reconnus comme attribuant compétence sur lui ou sur le droit en cause. En bref, il n'est pas nécessaire qu'un État ou une province aient compétence à l'égard d'une personne pour être habilités à lui conférer un droit *in personam*; mais ordinairement, et il faut le reconnaître généralement, cette compétence est nécessaire pour supprimer un tel droit. Ceci ne signifie pas qu'en soi une compétence de cette nature soit toujours suffisante pour supprimer un droit.

La mention de débiteur et de créancier en cet extrait montre à quel point la situation différerait de

was considering from that present here. To the extent that there is any comparison to be made with the situation here, it resides in the emphasis on jurisdiction over the person affected, and that is so in this case.

In my view, the appellants' contention of constitutional invalidity based on alleged deprivation or divestment of a "right" outside Manitoba proceeds upon a misconception. What the appellants are claiming is an immunity in Manitoba based on a licence to pollute granted outside. That licence was not granted as against the respondent herein or against any of the assignor fishermen, nor could it be. Manitoba, in enacting s. 4(2), simply took care to exclude any possible contention that a licence granted in another province could provide a defence against liability for injury to Manitoba property. Whether the result would have been the same without s. 4(2) need not be decided, but there is bound to be doubt whether a foreign jurisdiction can license the pollution of waters in a neighbouring state so as to provide a defence to an action brought in the latter for injury to property therein.

For all the foregoing reasons, I would dismiss the appeals herein with costs.

The judgment of Martland, Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J.—The action herein is founded on the allegation that the defendants, the appellants in this Court, caused damage to Manitoba's fisheries by allowing mercury to be discharged from their respective chlor-alkali plants in Saskatchewan and Ontario which mercury was carried into Manitoba by the natural flow of the rivers in which the discharge took place.

In addition to the common law, Manitoba relies on what I will call the *Assistance Act*, a statute passed by its Legislature in 1970, entitled *The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*. It is there provided that Manitoba may recover as damages caused by pollution the amount of

la présente affaire. Dans la mesure où une comparaison est possible, elle réside dans l'insistance sur le ressort auquel est soumise la personne visée, ce que l'on retrouve en l'espèce.

A mon avis, la prétention des appelantes quant à l'invalidité constitutionnelle fondée sur la privation ou la dépossession d'un «droit», qui existe à l'extérieur du Manitoba, procède d'un malentendu. Ce que les appelantes réclament est une immunité au Manitoba, fondée sur un permis de polluer accordé à l'extérieur. Le permis n'a pas été accordé à l'encontre de l'intimée en l'espèce ou à l'encontre d'aucun des pêcheurs subrogeants et il n'aurait pu l'être. En édictant le par. (2) de l'art. 4, le Manitoba a simplement pris soin d'exclure toute prétention possible qu'un permis accordé dans une autre province puisse fournir un moyen de défense à l'encontre de la responsabilité résultant de dommages causés à un bien manitobain. On n'a pas à décider si le résultat aurait été le même sans le par. (2) de l'art. 4, mais il faut mettre en doute qu'un ressort étranger puisse émettre des permis de polluer les eaux d'un état voisin de manière à fournir un moyen de défense à une action intentée en ce dernier état pour dommages causés à un bien sur son territoire.

Pour tous les motifs mentionnés, je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

Le jugement des juges Martland, Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON—La présente action est basée sur l'allégation que les défenderesses, les appelantes en cette Cour, ont causé des dommages aux pêcheries du Manitoba en permettant que leurs usines de chlore et de soude caustique, situées respectivement en Saskatchewan et en Ontario, déversent du mercure qui a été charrié au Manitoba par l'écoulement naturel des rivières dans lesquelles le déversement s'était effectué.

En plus de la *common law*, le Manitoba a invoqué ce que j'appellerai l'*Assistance Act*, une loi adoptée par sa Législature en 1970 et intitulée *The Fishermen's Assistance and Polluters Liability Act*. Selon cette loi, le Manitoba peut recouvrer à titre de dommages-intérêts pour le préjudice

assistance payments made to fishermen or the actual loss, whichever is greater. A statutory liability is created against any person having discharged a contaminant either "into waters in the province or into any waters whereby it is carried into waters in the province". It is also provided that it is not a lawful excuse "to show that the discharge of the contaminant was permitted by the appropriate regulatory authority having jurisdiction at the place where the discharge occurred, if that regulatory authority did not also have jurisdiction at the place where the contaminant caused damage to the fishery".

On a motion to strike out the allegations related to the *Assistance Act*, Matas J. (as he then was) held that the Act was beyond the powers of the Manitoba Legislature as purporting to deny to the defendants the benefit of civil rights outside of Manitoba, that is the authorization presumably issued by the appropriate authority under the laws of the province in which each plant was operated.

On appeal, the majority upheld the validity of the *Assistance Act*, Guy J.A. dissenting. Freedman C.J.M., with whom Dickson J.A. (as he then was) expressed agreement, said, after referring to *Cowen v. Attorney General for British Columbia*¹⁹:

The *Assistance Act* is similarly directed against acts done within the Province.

Hall J.A., with whom Monnin J.A. concurred, said:

In my opinion the impugned statute in the context of the assumed facts is valid provincial legislation and does not offend any doctrine of territorial limitation. To the extent that such limitation may exist it does not debar the Manitoba Legislature from enacting legislation imposing obligations in respect of acts done outside the province on persons or corporations who are domiciled or resident in the province. The Courts of Manitoba can and do entertain actions and award damages for torts

¹⁹ [1941] S.C.R. 321.

causé par la pollution, le plus élevé des montants suivants: le montant des prestations versées aux pêcheurs ou le montant de la perte réelle. La loi crée une responsabilité à l'encontre de toute personne qui a déversé un polluant soit [TRADUCTION] «dans les eaux de la province ou dans toutes autres eaux qui charrient le polluant dans les eaux de la province». Il est également prévu que ne sera pas considérée comme excuse légitime [TRADUCTION] «la preuve que le déversement du polluant a été autorisé par l'organisme de contrôle compétent à l'endroit où le déversement s'est effectué, si cet organisme n'est pas également compétent à l'endroit où le polluant a causé des dommages aux pêcheries».

Sur une requête en radiation des allégations se référant à l'*Assistance Act*, le juge Matas (comme il était alors) a décidé que la Loi allait au-delà des pouvoirs de la Législature du Manitoba en ce qu'elle visait à priver les défenderesses de l'avantage de droits civils dont elles jouissaient à l'extérieur du Manitoba, c'est-à-dire l'autorisation qu'aurait donnée l'autorité compétente conformément aux lois de la province où chacune des usines était en activité.

En appel, la majorité a maintenu la validité de l'*Assistance Act*, le juge d'appel Guy étant dissident. Le juge en chef du Manitoba, le juge Freedman, avec qui le juge Dickson (alors juge d'appel) s'est dit d'accord, a déclaré, après avoir fait mention de l'arrêt *Cowen c. Le Procureur général de la Colombie-Britannique*¹⁹:

[TRADUCTION] L'*Assistance Act* vise de la même façon des actes posés dans les limites de la province.

Le juge d'appel Hall, dont l'opinion est partagée par le juge d'appel Monnin, a dit:

[TRADUCTION] A mon avis, dans le contexte, les faits étant présumés vrais, la loi attaquée est une loi provinciale valide et elle ne va à l'encontre d'aucune doctrine de limitation territoriale. Dans la mesure où pareille limitation peut exister, elle n'empêche pas la Législature du Manitoba d'adopter des lois qui imposent, à des personnes ou corporations dont le domicile ou la résidence est dans la province, des obligations à l'égard d'actes posés à l'extérieur de la province. Les tribunaux

¹⁹ [1941] R.C.S. 321.

committed abroad, from which it follows that the Manitoba Legislature is competent to define the conditions on which damages in such actions should be awarded, in so far as the matter relates to property and civil rights in the province and to subjects of a local and private nature therein.

With respect, I fail to see how the *Assistance Act* can be said in the present case to be directed against acts done within Manitoba. The essential provision on which Manitoba relies to claim against the appellants is the discharge of a contaminant from premises outside Manitoba into waters whereby it is carried into waters in the province. While it can be said that the legislation is aimed at damage caused in Manitoba, it is not directed against acts done in that province: the basic provision on which the claim is founded is an act done outside the province namely, the discharge of the contaminant.

In my view, the situation is totally unlike that which obtained in the *Cowen* case. He was a dentist practising in Spokane, State of Washington, but the acts complained of were advertisements published in a newspaper at Nelson, B.C. Duff C.J., speaking for the Court, carefully delineated the ambit of the decision saying (at pp. 323-4):

The decisive consideration, in my opinion, is that the prohibitions are directed against acts done within the province. *Prima facie* the legislation is within the provincial legislative sphere. Nor do I think (subject to an observation to be made upon one feature of the amending statute) there is any circumstance present here which has the effect of rebutting this *prima facie* conclusion. The statute does not profess to prohibit people going beyond the limits of British Columbia for the purpose of getting the benefit of the services of a dentist, or to regulate their conduct in doing so; nor does it prohibit the sending into British Columbia from abroad of newspapers and journals containing the advertising cards of practising dentists; nor does it prohibit any communication with British Columbia from abroad. *Such prohibitions would present an entirely different question.*

du Manitoba peuvent connaître des actions pour des délits civils commis à l'étranger et accorder des dommages-intérêts et effectivement ils le font. Il s'ensuit que la Législature du Manitoba est compétente à déterminer les modalités de l'octroi des dommages-intérêts dans ces actions, dans la mesure où il s'agit de matières relatives à la propriété et aux droits civils dans la province ou d'objets de nature locale et privée dans la province.

Respectueusement, je ne peux voir comment on peut dire qu'en l'espèce, l'*Assistance Act* vise des actes posés dans les limites du Manitoba. La principale disposition sur laquelle le Manitoba appuie sa réclamation contre les appelantes est celle qui traite du déversement d'un polluant, à partir d'endroits situés à l'extérieur du Manitoba, dans des eaux qui charrient ce polluant vers les eaux de la province. Bien qu'on puisse dire que la loi vise des dommages causés au Manitoba, elle ne s'applique pas à des actes posés dans la province: la réclamation se fonde essentiellement sur un acte posé à l'extérieur de la province, c'est-à-dire le déversement du polluant.

A mon avis, la situation est complètement différente de celle qui s'est présentée dans l'affaire *Cowen*. Cowen était un dentiste exerçant sa profession à Spokane, dans l'état de Washington, mais les actes qu'on lui reprochait, étaient des annonces publiées dans un journal à Nelson (Colombie-Britannique). Le juge en chef Duff, parlant au nom de la Cour, a très justement précisé la portée de la décision lorsqu'il dit (aux pp. 323-4):

[TRADUCTION] A mon avis, le motif décisif est que les interdictions visent des actes posés dans les limites de la province. *Prima facie* la loi relève du champ de compétence provinciale. Et je ne crois pas (sous réserve d'une remarque que je ferai à l'égard d'un aspect de la loi modificatrice) qu'il y ait en l'espèce aucune circonstance qui puisse aller à l'encontre de cette conclusion *prima facie*. La loi ne prétend pas interdire aux gens d'aller à l'extérieur de la Colombie-Britannique pour recevoir des soins dentaires ou réglementer leur conduite lorsqu'ils y vont. Elle n'interdit pas non plus l'expédition, de l'étranger en Colombie-Britannique, de journaux et revues publiant les cartes publicitaires de dentistes en exercice pas plus qu'elle n'interdit toute communication de l'étranger avec la Colombie-Britannique. *De pareilles interdictions soulèveraient une question totalement différente.*

There is one feature of the statute to which it is desirable to advert. By section 63 of the principal Act, which is now section 63, subsection (1), there is a definition of "practising the profession of dentistry within the meaning of this Act." By section 2 of the amending Act of 1939, section 63 is amended by bringing within the category of persons who are deemed to be practising dentistry within the meaning of the Act.

any person . . . who supplies or offers to supply to the public artificial teeth, dentures or repairs therefor.

It would seem to be at least arguable that the statute as amended in 1939 prohibits the publication in British Columbia by persons carrying on business outside the Province of advertisements stating that they are manufacturers of or dealers in dental supplies of the description or descriptions mentioned. It is unnecessary to consider this aspect of the amendments of 1939. It might be argued, not without plausibility, that any prohibition of the publication in British Columbia of such advertisements in respect of articles of commerce is legislation in relation to a matter that is not a local British Columbia matter, within the contemplation of sections 91 and 92 of the *British North America Act*. Assuming the amending legislation to be *pro tanto* invalid by reason of this particular feature of it, the offending parts seem to be plainly severable; and no such question is raised by the advertisement before us. (Italics added.)

As to the extent of the constitutional authority that can be derived from the presence of the appellants within Manitoba, it is necessary, in my view, to bear in mind that the fact that a party is amenable to the jurisdiction of the Courts of a province does not mean that the Legislature of that province has unlimited authority over the matter to be adjudicated upon. The authority conferred by s. 92.14, *B.N.A. Act*, is limited to "The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts." This certainly does not include the substantive law to be applied. The authority over substantive law must be derived from the other enumerated heads. This is implicit in the judgment of the Privy Council in *Royal*

Il y a un aspect de la loi qu'il serait souhaitable de considérer. A l'article 63 de la loi principale, qui est maintenant le par. (1) de l'art. 63, il y a une définition de [TRADUCTION] «exercer la profession de dentiste au sens de la présente loi». L'article 2 de la Loi modificatrice de 1939 a modifié l'art. 63 de façon à inclure dans la catégorie de personnes qui sont censées pratiquer l'art dentaire au sens de la loi.

toute personne . . . qui fournit au public ou offre de lui fournir des dents artificielles, des dentiers ou qui en fait la réparation.

Il semblerait au moins soutenable que la loi ainsi modifiée en 1939 interdit aux personnes faisant des affaires à l'extérieur de la Colombie-Britannique de publier en cette province des annonces selon lesquelles elles fabriquent ou vendent des fournitures dentaires comme celles mentionnées. Il n'y a pas lieu d'examiner cet aspect des modifications de 1939. On pourrait soutenir, non sans vraisemblance, que toute interdiction de publier en Colombie-Britannique de pareilles annonces relativement à des articles de commerce équivaut à légiférer relativement à une matière qui n'est pas une matière de nature locale en Colombie-Britannique, selon le sens des articles 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Dans l'hypothèse que la loi modificatrice serait *pro tanto* invalide à cause de cet aspect particulier, les parties de la loi qui seraient *ultra vires* semblent facilement divisibles; mais les annonces qui sont devant nous ne soulèvent aucunement cette question.

(J'ai mis des mots en italiques.)

Quant à l'étendue de l'autorité constitutionnelle qui peut découler de la présence des appelantes dans les limites du Manitoba, il faut, à mon avis, ne pas oublier que le fait qu'une partie soit assujettie au ressort des tribunaux d'une province ne signifie pas que la législature de cette province a des pouvoirs illimités sur la question qu'ils ont à décider. Le pouvoir conféré par l'art. 92.14, de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, est limité à «l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux.» Cela ne comprend certainement pas les règles de fond qu'on doit appliquer. Le pouvoir à l'égard des règles de fond doit être puisé dans les autres rubriques énumérées. Le jugement du Con-

*Bank of Canada v. The King*²⁰. The bank had a place of business in Alberta and was undoubtedly amenable to the jurisdiction of the Supreme Court of that province in which the action was brought. Nevertheless, it was held that the Legislature could not preclude the bank from fulfilling its legal obligation to return the money to the bond owners whose right to this return was a civil right which had arisen and remained enforceable outside the province.

The authoritative character of this decision rendered when the Privy Council was the Court of ultimate jurisdiction for this country does not depend on approval by this Court, and it is of no importance that only four of the judges of this Court who gave judgment in *Attorney General of Ontario v. Scott*²¹ expressly endorsed it. As to the statement by Abbott J. at p. 147 that "it is clearly competent to any province to determine for the purpose of a civil action brought in such province, what evidence is to be accepted and what defences may be set up to such an action", it must be restricted to matters within the province's legislative authority, otherwise it is clearly contrary to the established principle that a Province cannot extend its legislative authority by purporting to regulate the access to its Courts, see *Board of Trustees of Lethbridge Irrigation District v. Independent Order of Foresters*²²; *Attorney General for Alberta v. Attorney General for Canada*²³ (*Debt Adjustment* case, affirming [1942] S.C.R. 31).

In my view, a statement of great importance with respect to the territorial limitation of provincial legislative authority is to be found in the judgment delivered for the Court by Duff C.J. in *The King v. National Trust Co.*²⁴ In that case, the question was as to the extent of the power of "Direct Taxation within the Province" as applicable to property. At p. 673, one reads:

seil privé dans *Royal Bank of Canada v. the King*²⁰ le dit implicitement. La banque avait un lieu d'affaires en Alberta et était sans aucun doute assujettie au ressort de la Cour suprême de cette province où l'action a été intentée. Néanmoins, il a été décidé que la Législature ne pouvait pas empêcher la banque de remplir son obligation légale de remettre l'argent aux propriétaires d'obligations qui pouvaient légalement l'exiger en vertu d'un droit civil qui avait pris naissance et demeurait exécutoire à l'extérieur de la province.

L'autorité de cette décision rendue alors que le Conseil privé était le tribunal de dernier ressort en ce pays n'est pas subordonnée à l'approbation de cette Cour. Il est sans importance que seulement quatre des juges de cette Cour qui ont rendu jugement dans *Le Procureur général de l'Ontario c. Scott*²¹ l'aient expressément approuvée. Quant à la déclaration du juge Abbott à la p. 147 que (traduction) «il entre manifestement dans la compétence d'une province de fixer, pour le besoin d'une action civile intentée dans cette province, la nature de la preuve qu'on y acceptera et les moyens de défense que l'on pourra y faire valoir», il faut la limiter aux matières relevant du pouvoir législatif de la province, autrement elle est tout à fait contraire au principe établi voulant qu'une province ne peut pas accroître le champ de son pouvoir législatif par le biais d'une réglementation de l'accès à ses tribunaux, voir *Board of Trustees of Lethbridge Irrigation District v. Independent Order of Foresters*²²; *Attorney General for Alberta v. Attorney General for Canada*²³ (*Debt Adjustment* case, confirmant [1942] R.C.S. 31).

A mon avis, on peut trouver dans le jugement rendu au nom de cette Cour par le juge en chef Duff dans *Le Roi c. National Trust Co.*²⁴, une déclaration très importante à l'égard de la limitation territoriale du pouvoir législatif provincial. En cet arrêt-là, la question en litige portait sur l'étendue du pouvoir de «taxation directe dans les limites de la province» lorsqu'appliqué à la propriété. A la p. 673, on lit:

²⁰ [1913] A.C. 283.

²¹ [1956] S.C.R. 137.

²² [1940] A.C. 513.

²³ [1943] A.C. 356.

²⁴ [1933] S.C.R. 670.

²⁰ [1913] A.C. 283.

²¹ [1956] R.C.S. 137.

²² [1940] A.C. 513.

²³ [1943] A.C. 356.

²⁴ [1933] R.C.S. 670.

Some propositions pertinent to that issue may, we think, be collected from the judgments of the Judicial Committee of the Privy Council, if not laid down explicitly, at least, as implicit in them. First, property, whether moveable or immovable, can, for the purpose of determining situs as among the different provinces of Canada in relation to the incidence of a tax imposed by a provincial law upon property transmitted owing to death, have only one local situation. In applying this proposition, of course, it is necessary to distinguish between a tax upon property and a tax upon persons domiciled or resident in the province. (*Toronto General Trusts Corp. v. The King*, [1919] A.C. 679; *Brassard v. Smith*, [1925] A.C. 371; *Provincial Treasurer of Alberta v. Kerr*).

Then, it seems to be a corollary of this proposition that situs, in respect of intangible property (which has no physical existence) must be determined by reference to some principle or coherent system of principles; and again, the courts appear to have acted upon the assumption that the British Legislature, in defining, in part, at all events, by reference to the local situation of such property, the authority of the province in relation to taxation, must be supposed to have had in view the principles of, or deducible from, those of the common law. (*The King v. Lovitt*, [1912] A.C. 212; *Toronto General Trusts Company v. The King*, [1919] A.C. 679; *Brassard v. Smith*, [1925] A.C. 371; *Royal Trust Co. v. Attorney General for Alberta*, [1930] A.C. 144).

We think it follows that a provincial legislature is not competent to prescribe the conditions fixing the situs of intangible property for the purpose of defining the subjects in respect of which its powers of taxation under s. 92(2) may be put into effect.

It seems to me that the same reasoning should be applied in the construction of "Property and Civil Rights in the Province". It is not within the authority of a provincial legislature to define or to extend the scope of its constitutional jurisdiction. Hence the fact that a person is amenable to the jurisdiction of its Courts cannot serve as a basis for imposing obligations in respect of torts any more than with respect to taxation. On its face s. 4(2) of the *Assistance Act* purports to destroy the effect of legislation passed in adjacent provinces. It was agreed on all sides in argument that the question raised in this case is to be answered on the assumption that the appellants' activities complained of

[TRADUCTION] Nous pensons pouvoir extraire des arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé, quelques propositions pertinentes à la question en litige énoncées sinon explicitement, du moins implicitement. D'abord les biens, mobiliers ou immobiliers, aux fins de déterminer leur *situs* parmi les différentes provinces du Canada, relativement à l'incidence d'un impôt établi par une loi provinciale sur les biens transmis par décès, ne peuvent être situés que dans un lieu unique. Pour appliquer cette proposition, il faut naturellement faire la distinction entre un impôt sur un bien et un impôt exigé des personnes domiciliées dans la province ou y résidant. (*Toronto General Trusts Corp. v. The King*, [1919] A.C. 679; *Brassard v. Smith* [1925] A.C. 371; *Provincial Treasurer of Alberta v. Kerr*).

Ainsi, à l'égard des biens mobiliers incorporels (dépourvus d'existence physique), il semble que cette proposition ait comme corollaire que le *situs* doit se déterminer en se référant à quelque principe ou à quelque ensemble logique de principes; et encore, les tribunaux semblent avoir agi selon l'hypothèse que la Législature britannique, en se basant, en partie, dans tous les cas, sur la situation locale de tels biens, pour déterminer la compétence de la province en matière de taxation, est censée s'être inspirée des principes de la *common law* ou découlant de celle-ci. (*The King v. Lovitt*, [1912] A.C. 212; *Toronto General Trusts Company v. The King* [1919] A.C. 679; *Brassard v. Smith*, [1925] A.C. 371; *Royal Trust Co. v. Attorney General for Alberta*, [1930] A.C. 144).

Nous croyons qu'il s'ensuit qu'une législature provinciale n'a pas la compétence de prescrire les modalités fixant le *situs* de biens mobiliers incorporels aux fins de déterminer les objets à l'égard desquels le pouvoir de taxation de l'art. 92 (2) peut s'appliquer.

Il me semble que le même raisonnement devrait s'appliquer à l'interprétation de «propriété et droits civils dans la province». Il n'est pas au pouvoir d'une législature provinciale de déterminer ou d'étendre le champ de ses attributions constitutionnelles. Ainsi, le fait qu'une personne soit assujettie au ressort de ses tribunaux ne peut servir de base à l'imposition d'obligations à l'égard de délits civils pas plus qu'à l'égard de la taxation. A sa lecture, le par. (2) de l'art. 4 de l'*Assistance Act* vise à empêcher l'application de lois adoptées dans des provinces adjacentes. Au cours du débat, toutes les parties ont convenu de répondre à la question soulevée en l'espèce en supposant que les activités

were properly licensed under the laws of the province in which they were performed, but this essential provision of the *Assistance Act* declares that this will afford no defence to Manitoba's claim. Thus, the situation is that, although presumably the appellants' operations are authorized by the law of the province where they are effected, they are sought to be enjoined under the laws of another province by virtue of an enactment of that other province.

In the circumstances of this case, I find it necessary to say that it does not appear to me that a province can validly license on its territory operations having an injurious effect outside its borders so as to afford a defence against whatever remedies are available at common law in favour of persons suffering injury thereby in another province. In *K.V.P. Company Limited v. McKie*²⁵, this Court upheld the common law right of riparian owners to claim an injunction and damages against the owner of a polluting plant. It also went on to hold that it would not give effect to a provincial enactment subsequent to the judgment of the Court of Appeal because, under the federal statute governing it, this Court is to render the judgment which the Court of Appeal should have rendered. In my view, that judgment is authority for the proposition that, at common law, pollution of waters to an injurious degree is a tort that gives rise to a cause of action for those whose property rights are affected thereby. I fail to see how a provincial authority could, by licensing the polluting operations, destroy this cause of action as against persons whose rights are affected outside its borders. It seems to me that there is decisive authority, especially *C.A.P.A.C. v. International Good Music, Inc.*²⁶, in favour of the proposition that a cause of action arises where damage is caused by acts performed in another state or province. Such a cause of action is, I think, a right enforceable outside that state or province which its legislature cannot take away under the principle

reprochées aux appelantes étaient autorisées en vertu d'un permis dûment émis conformément aux lois de la province où elles étaient exercées, mais cette disposition essentielle de l'*Assistance Act* énonce que cela ne constituera pas un moyen de défense à la réclamation du Manitoba. La situation est donc la suivante: même si les activités des appelantes ont présumément été autorisées par les lois de la province où elles sont exercées, on cherche à leur imposer une interdiction en vertu des lois d'une autre province en appliquant une disposition législative de cette autre province.

Dans les circonstances présentes, je me dois de déclarer qu'il ne m'apparaît pas qu'une province puisse valablement autoriser en son territoire des activités qui ont des effets préjudiciables à l'extérieur de ses limites de façon à fournir un moyen de défense contre quelque recours que la *common law* pourrait offrir aux victimes qui subissent un préjudice dans une autre province. Dans l'arrêt *K.V.P. Company Limited c. McKie*²⁵, cette Cour a maintenu en vertu de la *common law*, le droit des propriétaires riverains d'obtenir une injonction et des dommages-intérêts à l'encontre du propriétaire d'une usine polluante. Cette Cour a décidé ensuite qu'elle n'appliquerait pas une loi provinciale adoptée après le jugement de la Cour d'appel puisque cette Cour, en vertu de la loi fédérale qui la régit, doit rendre le jugement que la Cour d'appel aurait dû rendre. A mon avis, ce jugement tient lieu de précédent pour appuyer la thèse qu'en *common law* la pollution des eaux, lorsqu'elle cause un préjudice, constitue un délit civil qui donne naissance à une cause d'action à ceux dont les droits de propriété sont atteints par cette pollution. Je ne vois pas comment un organisme provincial pourrait, en permettant des activités qui causent la pollution, supprimer cette cause d'action à l'encontre des personnes dont les droits sont atteints à l'extérieur des frontières de cette province. Il me semble qu'il y ait des précédents concluants, surtout l'arrêt *C.A.P.A.C. c. International Good Music, Inc.*²⁶, en faveur de la thèse selon laquelle une cause d'action prend naissance lorsque des

²⁵ [1949] S.C.R. 698.

²⁶ [1963] S.C.R. 136.

²⁵ [1949] R.C.S. 698.

²⁶ [1963] R.C.S. 136.

stated in *Royal Bank of Canada v. The King*. The legal situation would not be different if, instead of polluting plants, we were faced with dams flooding lands in an adjoining province. It could certainly not be contended that the province in which the dam was erected could validly license the flooding in the other.

As between sovereign countries, such problems can be settled only by international agreement such as was done in the case of damages caused in the U.S. by the smelter at Trail, B.C. The Courts of the respective states would be bound to consider their own laws as conclusive. However, as between different Canadian provinces, the situation is not in all respects the same as if they were independent states. There is a constitutional limitation on their legislative authority and there is a common forum to enforce it. What was said in *British Coal Corp. v. The King*²⁷, at p. 520 about the doctrine forbidding extra-territorial legislation being "a doctrine of somewhat obscure extent" was in relation to the powers of the federal Parliament, not of the provincial legislatures. In this respect, it must be noted that s. 7.2 of the *Statute of Westminster* has made applicable to the provincial legislatures only the provisions of s. 2 dealing with conflict with imperial statutes, not those of s. 3 which declare that the federal Parliament "has full power to make laws having extra-territorial operation".

The basic principle of the division of legislative powers in Canada is that all legislative power is federal except in matters over which provincial legislatures are given exclusive authority. Such

²⁷ [1935] A.C. 500.

actes posés dans un autre état ou une autre province causent des dommages. Je crois que pareille cause d'action constitue un droit exécutoire à l'extérieur de cet état ou de cette province, droit que sa Législature ne peut supprimer selon le principe énoncé dans *Royal Bank of Canada v. The King*. La situation juridique ne serait pas différente si, au lieu d'usines déversant des polluants, il s'agissait de barrages inondant les terres d'une province adjacente. On ne pourrait certainement pas prétendre que la province où le barrage a été érigé pourrait valablement autoriser l'inondation dans une autre province.

Entre pays souverains, des problèmes de ce genre peuvent se régler seulement par des accords internationaux comme cela s'est produit dans le cas des dommages causés aux États-Unis par la fonderie de Trail (C.-B.). Les tribunaux des états respectifs seraient dans l'obligation de considérer leurs propres lois comme concluantes. Toutefois, entre les différentes provinces canadiennes, la situation n'est pas en tous points la même que si elles constituaient des états indépendants. Leur pouvoir législatif est limité par la constitution et il existe un *forum* commun régissant son application. Ce qui a été dit dans l'arrêt *British Coal Corp. v. The King*²⁷, à la p. 520, au sujet de la théorie interdisant des lois d'une portée extra-territoriale comme étant [TRADUCTION] «une théorie dont la portée est quelque peu obscure» s'appliquait aux pouvoirs du Parlement fédéral et non pas à ceux des législatures provinciales. A cet égard, il faut signaler que l'art. 7.2 du *Statut de Westminster* applique aux législatures provinciales, seulement les dispositions de l'art. 2 traitant des conflits avec les lois impériales et non pas celles de l'art. 3 qui prévoient que le Parlement fédéral a «le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale».

Le principe de base de la division des pouvoirs législatifs au Canada est que tous les pouvoirs législatifs relèvent du fédéral sauf les matières sur lesquelles la compétence exclusive a été attribuée

²⁷ [1935] A.C. 500.

authority is under every head expressly or impliedly restricted to the provincial territory. In deciding what is "within a province", the Courts must obviously look for guidance at decisions rendered in matters of private international law. However, there is a very important difference between those cases and those that arise under our constitution. When a Court is called upon to choose as between the laws of two countries the proper laws to be applied for the solution of some private dispute, it must in the end be guided by the laws of the state that created it. But the superior Courts of the Canadian provinces are not state Courts. "They are", as Ritchie C.J. said in *Valin v. Langlois*²⁸, at p. 20, "the Queen's Courts, bound to take cognizance of and execute all laws, whether enacted by the Dominion Parliament or the Local Legislatures". Hence, when the question before them is where does the legislative authority reside over a given subject in Canada, there is always the possibility for them to find that it is not in any provincial legislature but in the Parliament of Canada.

It has been determined in *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*²⁹, that the power to regulate by legislation the contracts of a particular business or trade is within the scope of provincial legislative authority over property and civil rights. However, where business contracts affect interprovincial trade, it is no longer a question within provincial jurisdiction. The matter becomes one of federal jurisdiction. Such is the substance of our recent judgment in *Burns Foods Limited v. Attorney General for Manitoba*³⁰. In my opinion, the same view ought to be taken in respect of pollution of interprovincial waters as with respect to interprovincial trade. Even if the enumerated power, 91.12 "Sea Coast and Inland Fisheries" is not quite as explicit as 91.2 "The Regulation of Trade and Commerce", the para-

aux législatures provinciales. Sous chacune des rubriques, cette compétence est limitée expressément ou implicitement au territoire provincial. En déterminant ce qui est «dans les limites d'une province», les tribunaux doivent évidemment s'appuyer sur les décisions rendues en matière de droit international privé. Il existe toutefois une différence importante entre ces affaires-là et celles qui surgissent dans notre régime constitutionnel. Lorsqu'un tribunal doit choisir entre les lois de deux pays celles à appliquer à la solution de quelque litige d'une nature privée, il faut en définitive qu'il se fonde sur les lois de l'état qui en est à l'origine. Mais les tribunaux supérieurs des provinces canadiennes ne sont pas des tribunaux d'états souverains. [TRADUCTION] «Ils sont», comme le déclarait le juge en chef Ritchie dans *Valin c. Langlois*²⁸, à la p. 20, les tribunaux de la Reine et ils se doivent de prendre connaissance de toutes lois et de les appliquer, qu'elles aient été adoptées par le Parlement du Dominion ou une législature locale.» Par conséquent, lorsque la question qui leur est soumise est de savoir quelle autorité législative est compétente à l'égard d'un sujet donné au Canada, ils y peuvent toujours conclure que ce sujet ne relève de la compétence d'aucune législature provinciale mais du Parlement du Canada.

Il a été décidé dans *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*²⁹ que le pouvoir de légiférer pour régler les contrats d'une entreprise ou d'un commerce particulier relève de la compétence que la législature provinciale exerce sur la propriété et les droits civils. Toutefois, lorsque les contrats commerciaux visent le commerce interprovincial, cela ne relève plus de la compétence provinciale. Il s'agit alors d'une matière de compétence fédérale. Telle est la substance de notre récent jugement dans l'arrêt *Burns Foods Limited v. Attorney General for Manitoba*³⁰. A mon avis, on doit aborder la pollution des eaux interprovinciales de la même façon que le commerce interprovincial. Même si le pouvoir énuméré à 91.12 «les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» n'est pas aussi explicite qu'à 91.2 «la

²⁸ (1879), 3 S.C.R. 1, aff'd. 5 App. Cas. 115.

²⁹ (1881), 7 App. Cas. 96.

³⁰ [1975] 1 S.C.R. 494.

²⁸ (1879), 3 R.C.S. 1, conf. 5 App. Cas. 115.

²⁹ (1881), 7 App. Cas. 96.

³⁰ [1975] 1 R.C.S. 494.

mount consideration is that the specific powers are only "for greater certainty", the basic rule is that general legislative authority in respect of all that is not within the provincial field is federal. The importance of this basic rule is such that, although 91.2 is in terms unlimited, it has in fact been construed as limited to interprovincial or international trade and commerce. Here, we are faced with a pollution problem that is not really local in scope but truly interprovincial. The legal situation is not without analogy with that of interprovincial pipelines which were held to be excluded from the operation of provincial mechanics' lien acts by reason of their interprovincial character. (*Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*³¹.)

It seems to me that in the present case, the question from the point of view of constitutional legislative authority, is not at all the same as in a lawsuit between private parties where the question arises whether the proper law to be applied is the law of the place where the tortious act was committed or that of the place where the damage was suffered. In such a situation, a choice has to be made and regard must sometimes be had for both to a certain extent. If the two elements have occurred in different countries and there are bases on which the Courts of both countries can take jurisdiction, there is no guarantee against conflicting decisions. (See *The "Atlantic Star"*³².) Fortunately in Canada, no such situation exists. There is a common forum having unifying authority over all superior Courts. Concurrent jurisdiction will not therefore authorize the Courts of one province to disregard the authority of those of another (*Bank of Montreal, Royal Bank of Canada and C.F.I. Operating Co. Ltd. v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*) (October 1,

réglementation des échanges et du commerce», il faut avant tout considérer que les pouvoirs spécifiques sont énumérés seulement «pour plus de certitude», la règle fondamentale étant que l'autorité législative générale à l'égard de tout ce qui ne relève pas du domaine provincial, est l'autorité fédérale. L'importance de ce principe fondamental est telle que, bien que les termes de l'art. 91.2 ne soient pas restreints, il a de fait été interprété comme se limitant au commerce interprovincial ou international. Ici nous sommes en présence d'un problème de pollution qui n'est pas réellement de portée locale mais véritablement interprovinciale. La situation juridique n'est pas sans analogie avec celle des pipe-lines interprovinciaux qui, a-t-on décidé, n'étaient pas soumis à l'application des lois relatives au privilège de constructeur en raison de leur caractère interprovincial. (*Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*³¹)

Il me semble qu'en l'espèce, la question considérée du point de vue de l'autorité législative constitutionnelle, n'est pas du tout la même que dans un litige entre des parties privées lorsqu'on se demande si la loi à appliquer est la loi du lieu où l'acte délictuel a été commis ou du lieu où les dommages ont été subis. Dans pareille situation, il faut faire un choix et parfois même considérer, dans une certaine mesure, les lois des deux endroits. Si les deux événements se sont produits dans des pays différents et s'il existe des faits sur lesquels les tribunaux des deux pays pourraient fonder leur juridiction, rien ne garantit qu'on n'aboutira pas à des décisions contradictoires. (Voir *The «Atlantic Star»*³².) Heureusement au Canada il n'y a pas de situation semblable. Il existe un forum commun qui a une autorité unificatrice sur tous les tribunaux supérieurs. Une juridiction concurrente n'autorise pas par conséquent les tribunaux d'une province à écarter l'autorité des tribunaux d'une autre (*Bank of Montreal, Royal Bank of Canada and C.F.I. Operating Co. Ltd. v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.* (jugement rendu le 1^{er} octobre 1974

³¹ [1954] S.C.R. 207.

³² [1974] A.C. 436.

³¹ [1954] R.C.S. 207.

³² [1974] A.C. 436.

1974, not yet reported) [now reported³³]. The recent decision of this Court in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*³⁴ deals only with situs for jurisdictional purposes, not with the rules used to identify the legal system under which the rights and liabilities of the parties fall to be determined. In our federal context, the two sets of rules are not interdependent due to the nature of our superior Courts which are not purely provincial and to the existence of a common forum having general appellate jurisdiction in all matters.

Coming back to the facts of the present case, it appears to me equally impossible to hold that Saskatchewan and Ontario can license the contaminant discharge operations so as to preclude a legal remedy by those who suffered injury in Manitoba, or to hold that Manitoba can, by prohibiting the discharge of any contaminant into waters flowing into its territory, require the shutting down of plants erected and operated in another province in compliance with the laws of that province. I have underlined the words "any contaminant" because, as previously noted, I accept the view that Manitoba is entitled at common law to complain of injury to its fisheries done by pollution of waters flowing into its territory. The judgment of Matas J., it should be remembered, does not strike out the claim for injury at common law. However, under the *Assistance Act*, there is no quantity of contaminant that may be lawfully discharged and the consequence might be that the injunction prayed for could be obtained even if the discharge was cut down to a degree that would cause no substantial injury and would comply with the regulations enacted under federal authority.

In accordance with the views expressed in *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*³⁵, I agree that when the matter is one of provincial jurisdiction, a province is not prevented from imposing stiffer

pas encore publié [maintenant publié³³]. La récente décision de cette Cour dans *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*³⁴ traite seulement du *situs* aux fins de la compétence, non pas des règles employées pour identifier le système juridique en vertu duquel les droits et les obligations des parties doivent être déterminés. Dans notre contexte fédéral, les règles des deux catégories ne sont pas interdépendantes en raison de la nature de nos tribunaux supérieurs qui ne sont pas des créations purement provinciales et en raison de l'existence d'un forum commun possédant une juridiction générale d'appel en toutes matières.

De retour aux faits en l'espèce, il m'apparaît également impossible de déclarer que la Saskatchewan et l'Ontario peuvent permettre le déversement de polluants de manière à priver de recours juridique ceux qui ont subi des dommages au Manitoba ou de décider que le Manitoba peut, en interdisant le déversement de tout polluant dans les eaux se jetant sur son territoire, exiger la fermeture d'usines établies et exploitées dans une autre province conformément aux lois en vigueur en cette province. J'ai souligné les mots «tout polluant» parce que, comme je l'ai signalé antérieurement, j'accepte le point de vue que le Manitoba a, en vertu de la *common law* un droit de réclamation pour les dommages causés à ses pêcheries par la pollution d'eau se déversant sur son territoire. Le jugement du juge Matas, on doit s'en rappeler, n'annule pas le recours en dommages-intérêts sous la *common law*. Toutefois, selon l'*Assistance Act*, aucune quantité de polluant ne peut être légalement déversée et en conséquence l'injonction demandée pourrait être obtenue même si le déversement était réduit au point de ne causer aucun préjudice réel et de respecter les règlements édictés par l'autorité fédérale.

Conformément aux motifs exprimés dans *Ross c. Régistrare des véhicules automobiles*³⁵, je suis d'accord que lorsque la matière relève de la compétence provinciale, rien n'empêche une province

³³ [1975] 2 S.C.R. 546.

³⁴ [1975] 1 S.C.R. 393.

³⁵ [1975] 1 S.C.R. 5.

³³ [1975] 2 R.C.S. 546.

³⁴ [1975] 1 R.C.S. 393.

³⁵ [1975] 1 R.C.S. 5.

requirements than those which the federal Parliament may have prescribed. Therefore, I do not accede to the view that Manitoba's legislation conflicts with federal legislation for the protection of fisheries because, to protect its own interests, it lays down more rigid requirements than those prescribed by or under federal legislation. The *Chlor-Alkali Mercury Regulations*, SOR/72-92, are dated March 28, 1972, that is subsequent to the institution of the proceedings herein. For this reason, it does not seem they should be given consideration on this appeal. If it ever becomes necessary to deal with them, different considerations will arise because s. 4.1 expressly authorizes the discharge of a stated quantity of mercury which, although small, is not negligible.

The cases dealing with the complex jurisdictional situation concerning fisheries are well known and I find it unnecessary to refer to them. It seems clear that a province, as owner of inland fisheries in its territory, is entitled to legislate for the protection of its property. However, in respect of injury caused by acts performed outside its territory, I cannot accede to the view that this can be treated as a matter within its legislative authority when those acts are done in another province any more than when they are accomplished in another country. In my view, although the injurious acts cannot be justified by or under legislation adopted in the province or state where the plants are operated, by the same token, Manitoba is restricted to such remedies as are available at common law or under federal legislation.

For those reasons, I would allow the appeals and restore the judgment of Matas J. with costs in this Court and in the Court of Appeal; there should be no costs to or against any of the intervenants.

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by the Chief Justice and Mr. Justice Pigeon in which the circumstances giving rise to this appeal are accurately summarized and I will attempt to

d'imposer des exigences plus sévères que celles que le Parlement fédéral peut avoir prescrites. Je ne partage donc pas le point de vue que la loi manitobaine entre en conflit avec la loi fédérale visant à la protection des pêcheries parce que le Manitoba, pour protéger ses propres intérêts, a imposé des exigences plus strictes que celles prescrites par ou en vertu d'une loi fédérale. Le *Règlement sur le mercure provenant des fabriques de chlore et de soude caustique*, (DORS/72-92), est en date du 28 mars 1972, c'est-à-dire après que les présentes procédures ont été intentées. Pour ce motif, je ne crois pas qu'on devrait en tenir compte en ce pourvoi. Si jamais il devenait nécessaire d'en traiter, cela donnera naissance à d'autres considérations puisque l'art. 4.1 autorise de façon explicite le déversement d'une quantité donnée de mercure laquelle, sans être considérable, n'est pas négligeable.

Les arrêts qui traitent du problème complexe de la compétence en matières de pêcheries sont bien connus et je considère qu'il n'est pas nécessaire de les relater. Il semble évident qu'une province, à titre de propriétaire des pêcheries de l'intérieur situées dans son territoire, a le droit de légiférer en vue de protéger ses biens. Toutefois, à l'égard de dommages causés par des actes posés à l'extérieur de son territoire, je ne puis partager le point de vue que l'on peut les traiter comme une matière relevant de son pouvoir législatif lorsque ces actes sont posés dans une autre province, pas plus que lorsqu'ils le sont dans un autre pays. A mon avis, bien que les actes délictuels ne puissent se justifier par ou en vertu de la loi adoptée dans la province ou l'état où les usines sont exploitées, de la même façon, le Manitoba est limité aux recours qui découlent de la *common law* ou des lois fédérales.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir le jugement du juge Matas, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel; il n'y aura pas d'adjudication de dépens en faveur ou contre aucun des intervenants.

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement préparés par le Juge en chef et ceux de M. le juge Pigeon, lesquels résument soigneusement les circonstances qui ont donné naissance à ce pourvoi et je tâcherai d'éviter les

avoid repetition except in so far as I find it necessary to an understanding of my approach to the problem.

The acts of which the respondent complains are that Interprovincial Co-Operatives Limited (hereinafter called "Interprovincial") and Dryden Chemicals Limited (hereinafter called "Dryden") "respectively, permitted substantial quantities of mercury both in its elemental form and as a compound, to escape, the former into the South Saskatchewan River *at a point near the Saskatoon plant*, and the latter into the Wabigoon River *at a point near the Dryden plant*." (See p.6 of the statement of claim). (Italics are my own).

The acts complained of were committed beyond the borders of the Province of Manitoba, but the alleged damage arose in large degree in consequence of the refusal of the appropriate *federal authority* acting under the authority of the *Manitoba Fishery Regulations*, SOR/54-365, to permit fishing for commercial purposes in certain waters in the Province of Manitoba. In this regard para. 9 of the statement of claim reads:

By reason of the contamination of the said fish by ingestion of mercury as aforesaid, they became, and continue to be, unsafe for human consumption, and unmarketable for that purpose, with the result that the regulatory authority under the Manitoba Fishery Regulations, SOR/54-365, as amended, has refused to permit fishing for commercial purposes in those parts of the Manitoba waters described in clauses (a), (b) and (c) of paragraph 1 since April 1st, 1970, and in those described in clause (d) since July 17th, 1970, further though the taking of fish for sport by angling in those waters is still permitted, the number of persons engaged in angling has greatly diminished by reason of the danger to human health posed by the consumption of such fish.

The allegation of negligence which forms the basis of this action is contained in para. 10 of the statement of claim which reads as follows:

10. In permitting mercury to escape from their respective plants, as alleged in paragraph 6, Interprovincial and Dryden Chemicals, respectively, acted negligently, and in breach of the duty of each to the Plaintiff and the said assignors, to take reasonable care to prevent dangerous contaminants from entering the waters of the

répétitions sauf dans la mesure où je les considérerai nécessaires à la compréhension de mon point de vue sur la question.

Ce dont se plaint l'intimée, c'est qu'Interprovincial Co-Operatives Limited, (ci-après appelé «Interprovincial») et Dryden Chemicals Limited (ci-après appelé «Dryden») ont [TRADUCTION] «respectivement laissé d'importantes quantités de mercure, à la fois à l'état pur et sous forme de composés, s'échapper, la première dans la rivière South Saskatchewan *à un endroit près de l'usine de Saskatoon*, et la seconde dans la rivière Wabigoon *à un endroit près de l'usine de Dryden*». (Voir le par. 6 de la déclaration) (J'ai mis des mots en italiques.)

Les actes reprochés ont été posés à l'extérieur de la province du Manitoba, mais le préjudice allégué résulte en grande partie du refus de l'*autorité fédérale* compétente agissant conformément au *Règlement de pêche du Manitoba*, DORS/54-365, de permettre la pêche commerciale dans certaines eaux de la province du Manitoba. A cet égard le par. 9 de la déclaration se lit comme suit:

[TRADUCTION] En raison de la contamination dudit poisson par l'absorption de mercure comme susdit, le poisson est devenu et est encore impropre à la consommation humaine et invendable à cette fin, de sorte que l'organisme de contrôle en vertu du Règlement de pêche du Manitoba, DORS/54-365, modifié, a refusé d'émettre des permis pour la pêche commerciale dans ces eaux manitobaines décrites aux alinéas a), b) et c) du paragraphe (1), depuis le 1^{er} avril 1970, et dans les eaux décrites à l'alinéa d), depuis le 17 juillet 1970; de plus, bien que la pêche sportive soit encore permise dans ces eaux, le nombre de personnes qui s'adonne à cette pêche a grandement diminué en raison du danger que représente pour la santé la consommation de ce poisson.

L'allégation de négligence qui est à la base de cette action est contenue au par. 10 de la déclaration, lequel se lit comme suit:

[TRADUCTION] 10. En laissant le mercure s'échapper de leur usine respective, tel qu'allégué au paragraphe 6, Interprovincial et Dryden Chemicals ont respectivement agi de façon négligente et en violation de leur obligation envers la demanderesse et lesdits subrogeants de prendre les précautions raisonnables pour empêcher que des

South Saskatchewan River and the Wabigoon River respectively, and travelling downstream to the injury of the Plaintiff's fishery.

Particulars of the respective negligence of Interprovincial and Dryden Chemicals are as follows:

Each installing and operating a chlor-alkali plant which utilizes a mercury cell process, close to a major watercourse, the South Saskatchewan River and the Wabigoon River respectively, but

- (1) failing to take any or sufficient steps to monitor its industrial process to ensure that no mercury, or mercury compounds, were escaping from its plant directly or indirectly into such watercourse; and
- (2) failing to take any or sufficient steps to prevent such escape.

The alleged damage sustained by the appellant is described in para. 13 of the statement of claim as follows:

13. Pursuant to Section 2 of The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, S.M. 1970 C.32 (hereinafter called the Assistance Act) the Minister therein mentioned has, since 1st June, 1970, made assistance payments totalling \$2,000,000.00 more or less, to 1590 persons then or formerly engaged in various capacities in the commercial fishing industry in Manitoba who, in the opinion of the Minister, had suffered or would suffer, financial loss by reason of the prohibition of the taking of fish from the Manitoba waters because of the contamination of those fish resulting in whole or in part from pollution of those waters *by the mercury discharging activities of Interprovincial and Dryden Chemicals respectively, hereinbefore described.*

The italics are my own.

The respondent also alleges that the appellants respectively have committed a continuing nuisance or trespass by permitting mercury to escape from their respective plants, but it is clear to me that this whole action is based on the acts of the appellants in discharging contaminants into waters at places in Saskatchewan and Ontario respectively.

I agree with Mr. Justice Matas who rendered the judgment on behalf of the Court of Queen's Bench of Manitoba and with the majority of the Court of Appeal that the contention of the appel-

polluants dangereux se déversent dans les eaux de la rivière South Saskatchewan et la rivière Wabigoon respectivement et causent des dommages à la pêche de la demanderesse située en aval.

Les détails de la négligence respective de Interprovincial et de Dryden Chemicals sont comme suit:

Chacune d'elles a installé et exploité une usine de chlore et de soude caustique qui emploie un procédé à base d'éléments de mercure, près d'un cours d'eau important, la rivière South Saskatchewan et la rivière Wabigoon respectivement, sans

- (1) avoir pris aucunes mesures ou des mesures suffisantes pour contrôler son procédé industriel de façon à s'assurer que son usine ne déverse directement ou indirectement dans tel cours d'eau du mercure ou des composés de mercure; et
- (2) avoir pris aucunes mesures ou des mesures suffisantes pour prévenir un tel déversement.

Les dommages allégués subis par l'appelante sont décrits au par. 13 de la déclaration de la façon suivante:

[TRADUCTION] 13. Conformément à l'art. 2 du Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, S.M. 1970 c. 32, (ci-après appelé l'Assistance Act) le Ministre désigné à ladite loi a, depuis le 1^{er} juin 1970, versé des prestations s'élevant à environ \$2,000,000.00 à 1590 personnes s'adonnant à cette date ou s'étant adonnées auparavant, à divers titres, à l'industrie de la pêche commerciale au Manitoba. De l'avis du Ministre, ces prestataires ont subi ou vont subir une perte pécuniaire par suite de l'interdiction de pêcher dans les eaux manitobaines en raison de la contamination du poisson attribuable, en tout ou en partie, à la pollution de ces eaux *par le déversement de mercure survenu à l'occasion des activités respectives, décrites ci-dessus, de Interprovincial et de Dryden Chemicals.*

J'ai mis des mots en italiques.

L'intimée allègue aussi que les appelantes ont respectivement posé des actes continus de «nuisance» et de «trespass» en laissant le mercure s'échapper de leur usine respective, mais il me semble évident que toute cette action se fonde sur les actes posés par les appelantes en déversant des polluants dans les eaux en des lieux situés respectivement en Saskatchewan et en Ontario.

Je suis d'accord avec M. le juge Matas qui a rendu le jugement au nom de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba et avec la majorité de la Cour d'appel qu'on ne peut maintenir la prétention

lants to the effect that the impugned legislation is *ultra vires* as trespassing on the exclusive jurisdiction of Parliament under s. 91 (27) (criminal law) cannot be sustained and I subscribe to the view expressed by Matas J. and adopted in the judgment rendered in the Court of Appeal by Mr. Justice Hall on behalf of himself and Monnin J.A., where it is said:

I accept the plaintiff's contention that the *Fishermen's Act* has legislated with respect to the tort of injury to a provincial right of fishery and, in respect of that tort, has made provision for such matters as burden of proof, remoteness of damage and inadmissible defences. My conclusion is that this legislation is not in conflict with federal legislation forbidding pollution of fish-frequented waters or alteration of water quality as that quality affects fish . . .

This conclusion was reached after careful consideration of the reasons for judgment of the Chief Justice of this Court in *The Queen v. Robertson*³⁶, and the judgment of Lord Herschell in *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*³⁷.

In the latter case Lord Herschell concluded at p. 716:

For these reasons their Lordships feel constrained to hold that the enactment of fishery regulations and restrictions is within the exclusive competence of the Dominion Legislature, and is not within the legislative powers of Provincial Legislatures.

But whilst in their Lordships' opinion all restrictions or limitations by which public rights of fishing are sought to be limited or controlled can be the subject of Dominion legislation only, it does not follow that the legislation of Provincial Legislatures is incompetent merely because it may have relation to fisheries. For example, provisions prescribing the mode in which a private fishery is to be conveyed or otherwise disposed of, and the rights of succession in respect of it, would be properly treated as falling under the heading "Property—and Civil Rights" within s. 92, and not as in the class "Fisheries" within the meaning of s.91. So, too, the terms and conditions upon which the fisheries which are

des appelantes que la loi attaquée est *ultra vires* parce qu'elle empiète sur la compétence exclusive du Parlement en vertu de l'art. 91(27) (le droit criminel) et je souscris au point de vue exprimé par M. le juge Matas et qu'a fait sien M. le juge Hall dans le jugement qu'il a rendu en Cour d'appel en son nom et au nom du juge d'appel Monnin et où il déclarait:

[TRADUCTION]—J'accepte la prétention de la demanderesse que le *Fishermen's Act* a légiféré à l'égard des dommages causés par un délit civil à un droit de la province relatif aux pêcheries et, à l'égard de ce délit civil, elle a créé des dispositions traitant de matières comme le fardeau de la preuve, la probabilité des dommages et les moyens de défense irrecevables. Je conclus que cette loi n'entre pas en conflit avec les lois fédérales interdisant la pollution des eaux poissonneuses ou la dégradation de la qualité de l'eau dans la mesure où elle affecte la qualité du poisson . . .

C'est après une étude attentive des motifs de jugement du Juge en chef de cette Cour dans *The Queen v. Robertson*³⁶, et du jugement de lord Herschell dans *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*³⁷, qu'il en est arrivé à cette conclusion.

En cette dernière affaire lord Herschell a conclu à la p. 716:

[TRADUCTION] Pour ces motifs, leurs Seigneuries ne peuvent que conclure que l'adoption de règlements sur les pêcheries et l'imposition de restrictions relèvent de la compétence exclusive de la Législature du Dominion et non pas des pouvoirs législatifs des législatures provinciales.

Mais bien que selon l'opinion de leurs Seigneuries toute restriction ou limitation visant à exercer un contrôle sur les droits publics dans le domaine des pêcheries ne puisse faire l'objet que d'une loi fédérale, il ne s'ensuit pas qu'une loi d'une législature provinciale est invalide simplement parce qu'elle peut se rapporter aux pêcheries. Par exemple, des dispositions prescrivant la façon dont une pêcherie de nature privée peut être transférée ou autrement cédée et les droits successoraux à son égard, seront traités comme tombant sous la rubrique «La propriété et les droits civils» selon l'art. 92 et non pas dans la catégorie des «pêcheries» au sens de l'art. 91. De même les modalités selon lesquelles on peut

³⁶ (1882), 6 S.C.R. 52.

³⁷ [1898] A.C. 700.

³⁶ (1882), 6 R.C.S. 52.

³⁷ [1898] A.C. 700.

the property of the province may be granted, leased, or otherwise disposed of, and the rights which consistently with any general regulations respecting fisheries enacted by the Dominion Parliament may be conferred therein, appear proper subjects for provincial legislation, either under class 5 of s.92, "The Management and Sale of Public Lands" or under the class "Property and Civil Rights." Such legislation deals directly with property, its disposal, and the rights to be enjoyed in respect of it, and was not in their Lordships' opinion intended to be within the scope of the class "Fisheries"

It appears to me to follow from the above that legislation in respect of water quality and of pollution, including the permitting thereof in interprovincial rivers is clearly within the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada under s.91(12), whereas provincial legislation dealing exclusively with the effect of pollution, including the proof thereof and the measure of damage resulting therefrom, has controlling effect within the territorial limits of the province by which it is enacted. It follows, in my view, that provincial legislation relating to the recovery of damages for pollution, and indeed creating and controlling an action therefor, against a polluter whose acts done within the province have occasioned the pollution, is clearly within the provincial domain, whereas the overall authority seized with the regulation and control of pollution in interprovincial waters just as clearly rests with Parliament.

The difficult problem presented by this case arises in large degree from the enactment by the Legislature of Manitoba of s. 4 of *The Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*, 1970 (Man.), c. 32, (hereinafter called the "Assistance Act") which is fully recited in the reasons for judgment of the Chief Justice and subs. (2) whereof reads as follows:

4. (2) For the purposes of subsection (1) it is not a lawful excuse for the defendant to show that the discharge of the contaminant was permitted by the appropriate regulatory authority having jurisdiction at the place where the discharge occurred, if that regulatory authority did not also have jurisdiction at the place where the contaminant caused damage to the fishery.

céder ou louer les pêcheries qui sont la propriété de la province ou autrement en disposer ainsi que les droits afférents, compatibles avec les règlements généraux sur les pêcheries établis par le Parlement du Dominion, semblent des sujets appropriés à la législature provinciale, soit sous la rubrique 5 de l'art. 92 «L'administration et la vente des terres publiques» soit sous la rubrique «La propriété et les droits civils». Une telle loi traitant directement de la propriété, de sa cession et des droits qui en découlent, leurs Seigneuries sont d'avis que l'intention n'était pas qu'elle relève du domaine des «pêcheries» . . .

A partir de ce qui précède, il me semble que les lois sur la qualité de l'eau et la pollution, y compris les autorisations à ce sujet pour les rivières interprovinciales, relèvent clairement de l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada en vertu de l'art. 91(12), tandis que les provinces, au moyen de lois traitant exclusivement des effets de la pollution, y compris les moyens d'en faire la preuve et l'évaluation des dommages qui en résultent, exercent un pouvoir de surveillance dans leurs limites territoriales. Il s'ensuit, à mon avis, que la loi provinciale relative au recouvrement de dommages-intérêts résultant de la pollution, et qui de fait crée un recours en justice et y impose ses règles, à l'encontre d'une personne dont les actes posés à l'intérieur de la province ont entraîné la pollution, relève clairement de la compétence provinciale, tandis que le pouvoir général touchant la réglementation et le contrôle de la pollution dans les eaux interprovinciales est tout aussi clairement dévolu au Parlement.

La difficulté soulevée par cette affaire vient en grande partie de l'adoption par la Législature du Manitoba, de l'art. 4 du *Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act*, 1970 (Man.), c. 32, (ci-après appelé le «Assistance Act»), qui est cité intégralement dans les motifs de jugement du Juge en chef et dont le par. (2) se lit comme suit:

[TRADUCTION] 4. (2) Aux fins du paragraphe (1), la preuve par le défendeur que le déversement du polluant est autorisé par l'organisme de contrôle compétent à l'endroit où le déversement s'est effectué ne constitue pas une excuse légitime si cet organisme de contrôle n'est pas également compétent à l'endroit où le polluant a causé des dommages aux pêcheries.

This subsection clearly contemplates the discharge of a contaminant into waters outside of the Province of Manitoba at a place where such discharge is permitted "by the appropriate regulatory authority having jurisdiction" at that place and having no jurisdiction in the Province of Manitoba where the contaminant allegedly caused the damage to the fishery. I think it of first importance to observe that this motion has been argued in all Courts on the supposition that in enacting the subsection the legislature did contemplate the existence of the permission of such an appropriate regulatory authority and that it is unnecessary to decide in this case whether such authority be federal or provincial or indeed to make any final decision as to its validity. What is accepted here is that the provincial legislature purported to nullify the effect of permission duly granted by the regulatory authority of another jurisdiction and I agree with Mr. Justice Matas that in so doing it purported to legislate with respect to conduct and rights of the defendants outside the territorial limits of the Province of Manitoba with the result that the statute of which it forms part has no application to the appellants in the present case.

It is perhaps trite to observe that under the *British North America Act* each province of Canada enjoys sovereign authority within the spheres enumerated in s. 92 of that Act and that this authority is limited by the territorial boundaries of the provinces respectively. It follows in my view that in considering the law applicable in any particular case, the common law principles established in the general field of conflict of laws must govern.

I agree with Chief Justice Freedman that "the case of *Phillips v. Eyre* (1870), L.R.6 Q.B. 1, must be our starting point" in determining the applicable law. In that case Willes J. stated the following rule:

As a general rule, in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England. Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done.

Ce paragraphe vise clairement le déversement d'un polluant dans des eaux à l'extérieur de la province du Manitoba à un endroit où pareil déversement est permis [TRADUCTION] «par l'organisme de contrôle compétent» à cet endroit mais non pas dans la province du Manitoba où le polluant aurait causé des dommages aux pêcheries. Je crois qu'il est de première importance de signaler que cette affaire a été débattue devant toutes les cours en supposant que la Législature, en adoptant le paragraphe, avait présumé l'existence d'une telle permission accordée par un organisme de contrôle compétent et qu'il n'est pas nécessaire de décider en l'espèce si cet organisme est fédéral ou provincial ni de prendre quelque décision définitive quant à sa validité. Ce que l'on admet ici c'est que la législature provinciale a voulu rendre nul l'effet de la permission dûment accordée par l'organisme de contrôle d'un autre ressort et je suis d'accord avec M. le juge Matas qu'en ce faisant, elle avait l'intention de légiférer à l'égard des actes et des droits des défenderesses à l'extérieur des limites territoriales de la province du Manitoba de sorte que la loi contenant une disposition en ce sens ne s'applique pas aux appelantes en l'espèce.

Peut-être est-il superflu de signaler qu'en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, chaque province du Canada jouit d'un pouvoir souverain dans les attributions énumérées à l'art. 92 de l'Acte et que ce pouvoir est confiné à l'intérieur des limites territoriales des provinces respectives. Il s'ensuit, à mon avis, qu'en examinant la loi applicable dans un cas particulier, il faut se référer aux principes de la *common law* établis dans le domaine général du droit international.

Je partage l'opinion du juge en chef Freedman qu'en décidant de la loi applicable [TRADUCTION] «l'arrêt *Phillips v. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1, doit nous servir de base». En cet arrêt, le juge Willes a énoncé la règle suivante:

[TRADUCTION] Comme règle générale, afin d'avoir un recours en justice en Angleterre pour un délit civil censé avoir été commis à l'extérieur, il faut remplir deux conditions. D'abord, le délit doit être de telle nature que s'il avait été commis en Angleterre, il aurait pu faire l'objet de poursuites devant les tribunaux. En second lieu, il ne faut pas que l'acte puisse se justifier par la loi du lieu où il a été commis.

This general rule has been adopted as applicable between two provinces of Canada in a considered series of cases of undoubted authority such as *Carr v. Fracis Times & Co.*³⁸; *Walpole v. Canadian Northern Railway Co.*³⁹; *McMillan v. Canadian Northern Railway Co.*⁴⁰ In our own Court it is only necessary to mention *Canadian National Steamships Co. Ltd. v. Watson*⁴¹, per Duff C.J., at p. 13 and *McLean v. Pettigrew*⁴², per Taschereau J. at p. 76.

The general principle as it applies in this country was well stated by Lord Cave in *McMillan v. Canadian Northern Railway Company*, *supra*, where he said:

The same rule, of course, applies to an action brought in one province of Canada for a wrong alleged to have been committed in another; and it is, therefore, necessary, in order that the present action may be sustained, to establish, not only that the negligent act upon which the action is founded would have been actionable under the law of Saskatchewan if it had been committed within that Province, but also that it was not justifiable by the law of Ontario. Whether the first condition is complied with in this case need not be considered if (as the Court of Appeal have held) the second is not fulfilled.

It is appreciated that the nature of the actions referred to in the last-cited group of cases differed essentially from that with which we are here concerned in that the alleged tort in the present case was one which was necessarily inter-provincial in its scope and effect. It is essential to remember, however, that this case is being presented on the basis that the acts of the appellants in discharging the pollution in Ontario and Saskatchewan were justified by reason of the permission of the regulatory authority having jurisdiction to permit it. Whether that authority was provincial or federal is a matter with which we are not here concerned.

One of the principal arguments advanced on behalf of the respondent is that the place of the "torts" allegedly committed by the appellants was the Province of Manitoba on the ground that it

Cette règle générale a été reconnue comme applicable entre deux provinces du Canada dans une série d'arrêts qui tiennent lieu de précédents comme *Carr v. Fracis Times & Co.*³⁸; *Walpole v. Canadian Northern Railway Co.*³⁹; *McMillan v. Canadian Northern Railway Co.*⁴⁰ Parmi les arrêts rendus par notre propre Cour, mentionnons seulement *Canadian National Steamships Co. Ltd. c. Watson*⁴¹, le juge en chef Duff à la p. 13 et *McLean c. Pettigrew*⁴², le juge Taschereau à la p. 76.

Le principe général tel qu'appliqué en ce pays a été bien énoncé par lord Cave dans *McMillan v. Canadian Northern Railway Company*, *supra*, lorsqu'il a déclaré:

[TRADUCTION]—Naturellement, la même règle s'applique à une action intentée dans une province du Canada pour un délit civil qui aurait été commis dans une autre province; et si l'on veut que la présente action soit accueillie, il est donc nécessaire d'établir non seulement que l'acte de négligence sur lequel l'action est fondée aurait pu faire l'objet de poursuites en vertu de la Loi de la Saskatchewan s'il avait été commis en cette province, mais aussi que la loi de l'Ontario ne peut le justifier. Il n'y a pas lieu de savoir si, en l'espèce, la première condition est remplie si (comme la Cour d'appel en a décidé) la seconde ne l'a pas été.

On se rend compte que le genre d'actions mentionnées dans le dernier groupe d'arrêts cités, diffère essentiellement de la présente affaire, en ce qu'ici le délit civil allégué était nécessairement de nature interprovinciale quant à sa portée et son effet. Toutefois, il est essentiel de se rappeler que la présente affaire est soumise en se fondant sur le fait que les actes des appelantes qui ont déversé des polluants en Ontario et en Saskatchewan étaient justifiés en raison de la permission obtenue de l'organisme provincial de contrôle compétent en la matière. Que cet organisme fut provincial ou fédéral est sans importance pour nous en l'espèce.

Un des principaux arguments mis de l'avant au nom de l'intimée est que les actes délictuels présumés ont été commis par les appelantes dans la province du Manitoba pour le motif que c'était

³⁸ [1902] A.C. 176.

³⁹ [1923] A.C. 113.

⁴⁰ [1923] A.C. 120.

⁴¹ [1939] S.C.R. 11.

⁴² [1945] S.C.R. 62.

³⁸ [1902] A.C. 176.

³⁹ [1923] A.C. 113.

⁴⁰ [1923] A.C. 120.

⁴¹ [1939] R.C.S. 11.

⁴² [1945] R.C.S. 62.

was the province whose interests were most deeply affected and Chief Justice Laskin appears to take the view that in the present case there is no tort arising outside of Manitoba and being sued upon in Manitoba.

In the course of his reasons for judgment, Freedman C.J.M., in adopting the view that the tort is to be taken to have been committed within the jurisdiction where the damage occurred, relied on such cases as *C.A.P.A.C. v. International Good Music, Inc.*⁴³, and *Jenner v. Sun Oil Company Limited*,⁴⁴ but in my view these cases do nothing more than establish that an arguable case can be made for the proposition that defamatory statements or breaches of copyright occurring in one jurisdiction and carried into another by radio could be said to have been published in the second jurisdiction and could therefore give rise to an action for damages where they were published. In my view, the question in the present case is not only whether a tort was committed in Manitoba, but whether the acts of the appellants done in Saskatchewan and Ontario amounted to actionable torts at all. If the acts were authorized by licence and therefore justifiable in the places where they were done, they were not civil wrongs and can form no basis for a damage action.

There is, as I have said, an unbroken line of authority in this Court accepting the rule in *Phillips v. Eyre*⁴⁵ without question and I am not prepared to depart from it. If that rule is to be adhered to it follows that if there were licences making the appellants' "mercury discharging activities" in Saskatchewan and Ontario justified, this not only gave rise to the civil right under the law of those provinces, but to a concomitant civil right to have those licences recognized in the Courts of Manitoba in determining whether or not the action is properly founded in that province. As to the authority of the Legislature of that province to nullify these civil rights and convert an act lawfully done in another province under the laws

cette province qui avait été le plus durement touchée et le juge en chef Laskin semble adopter le point de vue qu'en l'espèce il n'y a pas eu à l'extérieur du Manitoba de délit civil faisant l'objet de poursuites en cette province.

Dans ses motifs de jugement, le juge en chef du Manitoba, le juge Freedman, en adoptant le point de vue que le délit est censé avoir été commis dans le ressort où les dommages ont été causés, s'appuie sur des arrêts tels que *C.A.P.A.C. c. International Good Music, Inc.*⁴³, et *Jenner v. Sun Oil Company Limited*⁴⁴. Mais ces arrêts, à mon avis, n'ont pas d'autre portée que d'établir qu'on peut débattre la proposition que des déclarations diffamatoires ou des violations de droits d'auteur survenues dans un ressort et transmises par radio dans un autre pourraient être considérées comme ayant été publiées dans le second ressort et par conséquent donner naissance à une action en dommages-intérêts là où elles ont été publiées. A mon avis, en l'espèce, la question est non seulement de savoir si un délit a été commis au Manitoba mais si les actes posés par les appelantes en Saskatchewan et en Ontario peuvent être considérés comme des délits pouvant faire l'objet de quelque poursuite. Si les actes étaient autorisés en vertu d'un permis et étaient donc justifiés là où ils ont été posés, ils ne constituaient pas des fautes civiles et ne pouvaient servir de base à une action en dommages-intérêts.

Comme je l'ai dit, la jurisprudence de cette Cour a été constante à accepter la règle de *Phillips v. Eyre*⁴⁵ sans la mettre en question et je ne suis pas prêt à y déroger. Si l'on adhère à cette règle, il s'ensuit que si les activités des appelantes consistant à déverser du mercure en Saskatchewan et en Ontario étaient autorisées, cela a créé non seulement un droit civil en vertu des lois de ces provinces, mais aussi un droit civil concomittant afin que ces permis soient reconnus devant les tribunaux du Manitoba qui décident si l'action dans cette province est bien fondée ou non. Quant aux pouvoirs de la Législature de cette province d'annuler ces droits civils et de rendre un acte légalement posé dans une province, en vertu des lois de cette pro-

⁴³ [1963] S.C.R. 136.

⁴⁴ [1952] O.R. 240.

⁴⁵ (1870), L.R. 6 Q.B. 1.

⁴³ [1963] R.C.S. 136.

⁴⁴ [1952] O.R. 240.

⁴⁵ (1870), L.R. 6 Q.B. 1.

of that province into an unlawful one while at the same time disregarding rights established under private international law, I share the view of Mr. Justice Matas that the case of *Royal Bank of Canada v. The King*⁴⁶ has direct application to the circumstances.

The facts of the *Royal Bank* case have been extensively explored in the judgments in the Court of Appeal and by the Chief Justice of this Court and it would be superfluous for me to repeat them so that it is perhaps enough for me to say that in my opinion I agree with the basic proposition asserted by Lord Haldane at p.298 where he said of the appellants:

Their right was a civil right outside the province, and the Legislature of the province could not legislate validly in derogation of that right.

In distinguishing that case, Chief Justice Freedman had this to say:

In *Royal Bank* the right of the bondholders in England to claim the return of their money from the bank at its head office in Montreal was held to be a civil right arising and enforceable extra-provincially—that is, outside the Province of Alberta. Here on the other hand, the effect of any license or permit which the defendants may possess would necessarily have to be tested and determined intra-provincially—that is, within the Province of Manitoba. The place where the rights are enforceable—in *Royal Bank*, outside the Province, in the present case, within the Province—constitutes a clear distinction between the two cases, a distinction that goes to the very root of the constitutional issue now before us.

The first portion of these observations appears to me to be based on the assumption that the present case is concerned with a civil right arising in Manitoba, but as I view the appellants' civil right as stemming from the licences which are assumed to have been granted to them in Ontario and Saskatchewan respectively, I cannot subscribe to this distinction.

The extra-provincial character of the right of action asserted by the respondent against the

vince, illégal, tout en écartant en même temps les droits reconnus en vertu du droit international privé, je partage le point de vue de M. le juge Matas que l'arrêt *Royal Bank of Canada v. The King*⁴⁶, s'applique directement aux circonstances en l'espèce.

Les faits de l'affaire *Royal Bank* ont été étudiés à fond dans les arrêts de la Cour d'appel et par le Juge en chef de cette Cour et il serait superflu pour moi de les répéter. Ainsi il me suffit de déclarer que je partage la proposition fondamentale énoncée par lord Haldane à la p. 298 où il dit des appelants:

[TRADUCTION] Leur droit était un droit civil à l'extérieur de la province et la Législature de la province ne pouvait légiférer valablement à l'encontre de ce droit.

En faisant la distinction avec cet arrêt, le juge en chef Freedman a déclaré ceci:

[TRADUCTION] Dans *Royal Bank*, le droit des détenteurs d'obligations, en Angleterre, de réclamer le retrait de leur argent de la banque, à son siège social de Montréal, a été considéré un droit civil—ayant pris naissance et exécutoire à l'extérieur de la province c'est-à-dire, à l'extérieur de la province de l'Alberta. Ici, en revanche, l'effet d'une licence ou d'un permis que les défenderesses peuvent détenir doit nécessairement être examiné et déterminé à l'intérieur d'une province—c'est-à-dire dans les limites de la province du Manitoba. L'endroit où les droits sont exécutoires—dans *Royal Bank*, à l'extérieur de la province, en l'espèce à l'intérieur de la province—constitue une distinction nette entre les deux arrêts, une distinction qui touche à la racine même de la question constitutionnelle maintenant en litige devant nous.

La première partie de ces remarques m'apparaît être fondée sur l'hypothèse qu'il s'agit en l'espèce d'un droit civil prenant naissance au Manitoba, mais comme je considère les droits civils des appelantes comme découlant des licences qui sont censées leur avoir été accordées en Ontario et en Saskatchewan respectivement, je ne puis faire mienne cette distinction.

Le caractère extra-provincial du droit d'action qu'invoque l'intimée contre les appelantes est illus-

⁴⁶ [1913] A.C. 283.

⁴⁶ [1913] A.C. 283.

appellants is most dramatically illustrated by the fact that the first claim for relief under the statement of claim is for

An injunction restraining each from continuing to discharge mercury or mercury compounds from their respective chlor-alkali plants into the two aforementioned rivers respectively, or into any other watercourse directly or indirectly draining into or connecting with the Manitoba waters . . .

This to me is a clear assertion of a right of one province to enter into another and there invoke its own law so as to restrain companies who have a presence in all three provinces from exercising rights which they are assumed to have under licences from the province where the discharge took place.

For all these reasons I would allow this appeal, set aside the judgment rendered by the Court of Appeal for Manitoba on March 21, 1973, and restore the judgment of the Honourable Mr. Justice Matas of the Court of Queen's Bench of Manitoba pronounced on June 16, 1972.

Mr. Justice Pigeon, as I understand his reasons, has reached the same conclusion on the ground that as the acts of the appellants necessarily have an interprovincial effect they are a subject-matter within the exclusive authority of Parliament in accordance with its residual power over matters of interprovincial concern not specifically allocated to either federal or provincial authority under the *B.N.A. Act*. He concludes therefore that the Provinces of Ontario and Saskatchewan were without authority to license the appellants' acts of contamination, and as a corollary to this reasoning, he concludes that the legislation in question is *ultra vires* the province as involving the exclusively federal field of the pollution of interprovincial rivers. This argument was not advanced by either of the parties at any stage and it formed no part of the submissions made by any of the intervenants as all concerned proceeded throughout on the assumption that the acts of pollution were duly permitted by the appropriate regulatory authority having jurisdiction where they took place. I am unable to share the view of my brother Pigeon because I take the view that while the control of pollution of such

tré de la façon la plus frappante par le fait que, dans la déclaration, la première conclusion vise à obtenir:

[TRADUCTION] Une injonction visant à empêcher chacune des défenderesses de continuer à déverser du mercure ou des composés de mercure de leur usine respective de chlore et de soude caustique, dans les deux rivières susdites respectivement ou dans tout autre cours d'eau se jetant dans les eaux manitobaines ou communiquant avec elles directement ou indirectement . . .

Selon moi, c'est là une affirmation nette du droit d'une province d'en envahir une autre province et d'y invoquer ses propres lois de façon à empêcher les compagnies qui sont présentes dans toutes les trois provinces d'exercer des droits pour lesquels elles sont censées avoir obtenu un permis de la province où le déversement s'est effectué.

Pour toutes ces raisons, j'accueillerais ce pourvoi, j'infirmerais l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Manitoba le 21 mars 1973, et je rétablirais le jugement de M. le juge Matas de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba rendu le 16 juin 1972.

M. le juge Pigeon, d'après mon interprétation de ses motifs, est arrivé à la même conclusion en se fondant sur le fait que, puisque les actes des appelantes sont nécessairement de portée interprovinciale, ils constituent des matières relevant de l'autorité exclusive du Parlement conformément à la doctrine du pouvoir résiduaire sur les matières de domaine interprovincial non spécifiquement attribuées soit au pouvoir fédéral soit au pouvoir provincial par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Il conclut donc que les provinces de l'Ontario et de la Saskatchewan n'avaient pas le pouvoir d'autoriser les actes de pollution des appelantes, et, comme corollaire de ce raisonnement, il conclut que la loi en question est *ultra vires* de la province puisqu'elle concerne le domaine exclusivement fédéral de la pollution des rivières interprovinciales. Cet argument n'a été mis de l'avant par aucune des parties en aucun moment et on ne le retrouve pas non plus dans les prétentions faites par aucun des intervenants puisque tous les intéressés ont présumé que les actes de pollution avaient dûment été autorisés par l'organisme de contrôle compétent où ces actes sont survenus. Je

rivers is a federal matter, the legislation here impugned has to do with its effect in damaging property within the Province of Manitoba and it only becomes inapplicable by reason of the extra-territorial aspect to which I have made reference. The action here was instituted by the Crown as assignee of the rights of private individuals and in my view the applicable law is that of the place where the acts complained of were done.

Altogether apart from the provision of the *Assistance Act*, the statement of claim alleges an action at common law, and if this action should be pursued and it should develop that the appellants were not licensed by the appropriate regulatory authorities in Ontario and Saskatchewan, then I have no doubt that the Courts in Manitoba would have jurisdiction to entertain the suit in accordance with the reasoning expounded by Mr. Justice Dickson in *Moran v. Pyle National (Canada) Limited*⁴⁷, decided in this Court on December 21, 1973.

Appeals allowed with costs, LASKIN C.J. and JUDSON and SPENCE JJ. dissenting.

Solicitors for the defendant, appellant, Interprovincial Co-operatives Ltd.: Aikens, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitors for the defendant, appellant, Dryden Chemicals Ltd: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

Solicitor for the plaintiff, respondent, Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

ne puis partager le point de vue de mon collègue M. le juge Pigeon puisque selon moi, même si le contrôle de la pollution de ces rivières est une matière de compétence fédérale, la loi ici attaquée porte sur les effets de cette pollution à l'égard des dommages causés à des biens dans les limites de la province du Manitoba et elle devient inapplicable seulement en raison de l'aspect extra-territorial que j'ai déjà mentionné. L'action ici a été intentée par la Couronne à titre de subrogée aux droits de particuliers et à mon avis la loi applicable est la loi du lieu où les actes reprochés ont été posés.

Indépendamment des dispositions de l'*Assistance Act*, la déclaration invoque un recours en *common law* et si cette action doit se continuer et s'il appert que les appelantes n'avaient pas les permis émis par les organismes de contrôle compétents en Ontario et en Saskatchewan, il est alors clair que les tribunaux du Manitoba auraient compétence pour connaître de la poursuite conformément aux motifs énoncés par M. le juge Dickson dans l'affaire *Moran c. Pyle National (Canada) Limited*⁴⁷, qui a été décidée par cette Cour le 21 décembre 1973.

Pourvois accueillis, le JUGE EN CHEF LASKIN et les JUGES JUDSON et SPENCE étant dissidents.

Procureurs de la défenderesse, appelante, Interprovincial Co-operatives Ltd.: Aikens, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureurs de la défenderesse, appelante, Dryden Chemicals Ltd.: Pitblado & Hoskin, Winnipeg

Procureur de la demanderesse, intimée: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

⁴⁷ [1975] 1 S.C.R. 393.

⁴⁷ [1975] 1 R.C.S. 393.

Breck's Sporting Goods Co. Ltd. (*Plaintiff*)
Appellant;

and

Jesse Magder, trading as Sportcam or Sportcam Co. (*Defendant*) *Respondent;*

and

Breck's Sporting Goods Co. Ltd. (*Plaintiff*)
Appellant;

and

Sportcam Co. Ltd. (*Defendant*) *Respondent.*

1974: November 14, 15, 19; 1975: January 28.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Trade marks—Registration—Validity—Distinctiveness—Assignments of manufacturer's trade mark to assignor, and from assignor to registered owner—Trade mark affixed by manufacturer to product assembled by owner—Agreement with manufacturer assigning to owner exclusive distribution rights to the product with certain restrictions—Assigned trade mark does not identify goods as those of the assignee owner—Trade Marks Act, 1952-53 (Can.), c. 49, ss. 2(f), 18 and 47.

Appellant is the registered owner of the trade mark "Mepps" used in association with fishing tackle and, in the main, lures of various types. These lures are imported from France, assembled and packaged in Canada by appellant, and bear the "Mepps" trade mark as stamped on the parts by the French manufacturer.

Rights to the trade mark, together with the goodwill of the business symbolized thereby, were assigned to appellant's predecessor in 1959 by an American company which, in 1956, had itself obtained from the French manufacturer assignment of all rights to the trade mark together with the goodwill of the business which it symbolized and the application for registration of the word "Mepps" on the Canadian trade mark register. This application was filed by the manufacturer in 1955 and obtained by the American company in

Breck's Sporting Goods Co. Ltd.
(*Demanderesse*) *Appelante;*

et

Jesse Magder, exerçant des affaires sous la raison sociale de Sportcam ou Sportcam Co.
(*Défendeur*) *Intimé;*

et

Breck's Sporting Goods Co. Ltd.
(*Demanderesse*) *Appelante;*

et

Sportcam Co. Limited (*Défenderesse*)
Intimée.

1974: les 14, 15 et 19 novembre; 1975: le 28 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Marques de commerce—Enregistrement—Validité—Caractère distinctif—Cessions de la marque du fabricant au cédant, et du cédant au propriétaire enregistré—Marque apposée par fabricant sur produit assemblé par propriétaire—Entente avec fabricant conférant au propriétaire droits exclusifs de distribution du produit avec certaines restrictions—La marque cédée n'identifie pas marchandises comme celles du propriétaire cessionnaire—Loi sur les marques de commerce, 1952-53 (Can.), c. 49, art. 2d), 18, 47.

L'appelante est la propriétaire enregistrée de la marque de commerce «Mepps» utilisée relativement à des articles de pêche et, surtout, à des leurres de types variés. Ces leurres sont importés de France, puis assemblés et emballés au Canada par l'appelante, et portent la marque de commerce «Mepps» telle qu'elle a été estampillée sur les pièces par le fabricant français.

Les droits dans la marque de commerce ainsi que l'achalandage qui s'y rattache ont été cédés au prédécesseur de l'appelante en 1959 par une compagnie américaine qui, en 1956, avait elle-même obtenu du fabricant français la cession de tous les droits afférents à la marque de commerce ainsi que l'achalandage s'y rattachant et la demande en vue de l'enregistrement de la marque «Mepps» au registre canadien des marques de commerce. Cette demande a été produite par le fabricant en 1955 et obtenue par la compagnie américaine en 1956

1956, after the assignment. Prior to 1959, appellant's predecessor obtained its "Mepps" lures from the French manufacturer through an agreement with the American company and developed a large business in Canada. After obtaining the assignment from the American company, appellant signed a five-year contract with the French manufacturer guaranteeing appellant exclusive distribution rights to the lures in Canada, and forbidding it any dealing with products competitive to "Mepps" without the French company's written permission. This agreement was renewed twice. Respondent sold "Mepps" lures in Canada in competition with appellant, obtaining its lures elsewhere than from appellant or from the French manufacturer. An infringement action was brought by appellant against respondent. The latter attacked the validity of the trade mark as not sufficiently distinctive within the meaning of the *Trade Marks Act*.

The Federal Court of Appeal concluded, contrary to the trial judge, that the trade mark lacked distinctiveness at the time when the action was begun, and that it was invalid. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 47 of the *Trade Marks act* does not permit untrammelled assignment in gross without regard to the associative character of the assigned trade mark in identifying the goods as those of the assignee owner. Protection against public deception resides in the definition of distinctiveness in s. 2(f) and in the application of s. 18 of the *Trade Marks Act*. The appellant's contention that it can obtain an assignment in gross of a trade mark indicative of a certain manufacturing origin and use it as a seller's mark in respect of wares which it does not manufacture but which it has continued to obtain from the very manufacturer with the mark attached thereto by the latter, cannot be accepted. It would not satisfy the requirement of distinctiveness under the Canadian legislation, especially in view of the agreements between appellant and Mepps.

A. Bourjois & Co., Inc. v. Katzer (1923), 260 U.S. 689; *R. J. Reuter Coy. Ltd. v. Mulhens* (1953), 70 R.P.C. 235; *Wilkinson Sword (Canada) Ltd. v. Juda*, [1968] 2 Ex.C.R. 137; *Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. v. The Registrar of Trade Marks*, [1945] Ex.C.R. 233; *Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co.* (1865), L.R. 11 H. L. C. 522; *Imperial Tobacco Co. of India Ltd. v. Bonnan*, [1924] A.C. 755, referred to.

après la cession. Avant 1959 le prédécesseur de l'appelante obtenait ses leurres «Mepps» du fabricant français par le biais d'une entente avec la compagnie américaine et développait ainsi un commerce important au Canada. Après avoir obtenu la cession de la compagnie américaine, l'appelante a signé un accord avec le fabricant français. Cet accord assurait à l'appelante, pour une période de cinq ans, les droits exclusifs de distribution des leurres au Canada et lui interdisait toute transaction impliquant un produit concurrent à «Mepps» sans l'autorisation écrite de la compagnie française. Cet accord a été renouvelé à deux reprises. L'intimée a concurrencé l'appelante en vendant au Canada des leurres «Mepps» ne provenant ni de l'appelante ni du fabricant français. Une action en contrefaçon a été intentée par l'appelante contre l'intimée. Cette dernière a attaqué la validité de l'enregistrement de la marque comme non suffisamment distinctive au sens de la *Loi sur les marques de commerce*.

La Cour d'appel fédérale, contrairement au premier juge, a conclu que la marque n'était pas suffisamment distinctive au moment où l'action a été intentée et qu'elle était invalide. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le texte de l'art. 47 de la *Loi sur les marques de commerce* ne permet pas une cession libre et complète sans égard au caractère d'association de la marque de commerce cédée qui identifie les marchandises comme étant celles du propriétaire cessionnaire. Pour protéger le public contre la tromperie, c'est à la définition du caractère distinctif de l'art. 2 d) et à l'application de l'art. 18 de la *Loi sur les marques de commerce* que revient le rôle de protecteur. La prétention de l'appelante qu'elle peut obtenir une cession complète d'une marque de commerce représentant une certaine origine de fabrication et l'utiliser comme la marque d'un vendeur relativement à des marchandises qu'elle ne fabrique pas mais qu'elle obtient toujours du même fabricant qui leur appose ladite marque, n'est pas acceptable. Elle ne pourrait satisfaire à l'exigence d'un caractère distinctif que prévoit la loi canadienne, surtout en présence des ententes intervenues entre l'appelante et Mepps.

Arrêts mentionnés: *A. Bourjois & Co., Inc. v. Katzer* (1923), 260 U.S. 689; *R. J. Reuter Coy. Ltd. v. Mulhens* (1953), 70 R.P.C. 235; *Wilkinson Sword (Canada) Ltd. c. Juda*, [1968] 2 R.C.E. 137; *Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. c. Le registraire des marques de commerce* [1945] R.C.E. 233; *Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co.* (1865), L.R. 11 H.L.C. 522; *Imperial Tobacco Co. of India Ltd. v. Bonnan*, [1924] A.C. 755.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ reversing a judgment of the Trial Division, which held valid the registration of a trade mark. Appeal dismissed.

Weldon F. Green and James G. Fogo, for appellant.

G. F. Henderson, Q.C., and *Kent H. E. Plumley*, for respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The central issue in this appeal is the validity of the registration of the trade mark “Mepps”, used by the appellant as registered owner in association with certain wares consisting of fishing tackle and, in the main, lures of various types. The trade mark “Mepps” is made up of the initials of the name of the French manufacturer of the various lures and it is common ground that these lures, imported from France by the appellant and assembled and packaged by it in Canada, bear the trade mark in question as stamped on the parts by the manufacturer. The respondent in this appeal, the defendant in an infringement action brought by the appellant, sold “Mepps” lures in Canada in competition with the appellant, obtaining its lures elsewhere than from the appellant or from Mepps and it was this activity that precipitated the litigation out of which this appeal arises.

Gibson J. who tried the action, concluded on the evidence that the *prima facie* validity of the registration had not been successfully overcome by the respondent which had attacked the registration on the ground that the trade mark lacked distinctiveness, as that term is defined in the *Trade Marks Act*, and on the further ground that the other requirements of s. 18 for valid registration had not been met. In this latter connection it was urged in defence that the applicant for registration, the appellant's assignor Boehm-Sheldon Inc., an American company, was not entitled to registration at the time it was sought and obtained. This company's predecessor had, in 1954, obtained from the French manufacturer the sole distributorship of “Mepps” lures in the United States and

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédérale¹ infirmant une décision de la division de première instance qui a déclaré valide l'enregistrement d'une marque de commerce. Appel rejeté.

Weldon F. Green et James G. Fogo, pour l'appelante.

G. F. Henderson, c.r., et *Kent H. E. Plumley*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—La principale question en litige de ce pourvoi concerne la validité de l'enregistrement de la marque de commerce «Mepps» utilisée par l'appelante à titre de propriétaire enregistré relativement à des marchandises consistant en des articles de pêche et, surtout, en des leurres de types variés. La marque de commerce «Mepps» provient des initiales du nom du fabricant français de ces divers leurres et il est reconnu que ces leurres, que l'appelante importe de France et qu'elle assemble et emballe ici même au Canada, portent la marque de commerce en question telle qu'elle a été estampillée sur les pièces par le fabricant. L'intimée en cette Cour, la défenderesse dans une action en contrefaçon intentée par l'appelante, a concurrencé cette dernière en vendant au Canada des leurres «Mepps» qui ne provenaient ni de l'appelante ni de Mepps. Cette situation a engendré le litige d'où découle le présent pourvoi.

Le juge Gibson, qui a entendu l'action en première instance, a conclu à la lumière de la preuve que l'intimée n'était pas parvenue à repousser la présomption de validité de l'enregistrement qu'elle avait attaqué en alléguant que cette marque de commerce n'était pas suffisamment distinctive, selon la définition de ce terme dans la *Loi sur les marques de commerce*, et en alléguant également que les autres exigences prévues à l'art. 18 pour un enregistrement valide n'avaient pas été remplies. Sous ce dernier rapport, on a fait valoir en défense que le requérant de l'enregistrement, soit le cédant de l'appelante, Boehm-Sheldon Inc., une compagnie américaine, n'avait pas droit à l'enregistrement à l'époque où il fut demandé et accordé. En 1954, le prédécesseur de cette compagnie avait

¹ [1973] F.C. 360.

¹ [1973] C.F. 360.

Canada. It was through the American company, which itself never sold Mepps lures in Canada, that the appellant obtained, albeit directly from France, Mepps lures for sale in Canada, developing a substantial business through advertising and other forms of promotion. The French manufacturer which had itself never done business in Canada (although its lures had been sold there since about 1951 or 1952 by the chief officer of the appellant, then in business as a sole proprietor) applied, in 1955, to register the word "Mepps" for fishing tackle on the Canadian trade mark register, and in 1956 it assigned to the American company all rights to the trade mark, together with the goodwill of the business which it symbolized and also the application for registration. Boehm-Sheldon Inc. obtained registration on June 29, 1956, and on July 7, 1959, it assigned its rights to the registered trade mark to the appellant's predecessor, together with the goodwill of the business symbolized thereby.

Gibson J. came to his conclusion in favour of the appellant in the following words:

In my view, on an examination of the whole of the evidence, from November 1951, until 1956, the trade mark "MEPPS" distinguished within the meaning of section 2(f) of the *Trade Marks Act* the lures of the Mepps Company in France which it sold in Canada from the lures of others; from 1956 until July 7, 1959, the Canadian trade mark "MEPPS" distinguished within the meaning of section 2(f) of the *Trade Marks Act* the lures sold in Canada by the plaintiff Company (manufactured in France) from the lures of others, even though the plaintiff was not a registered user of the said trade mark; and from July 7, 1959, to date, the Canadian trade mark "MEPPS" similarly distinguished the lures sold by it in Canada.

In my view, it is sufficient that the origin in Canada of these lures be established. The fact that the origin of manufacture in France of the lures was known by some persons in Canada in this case, is irrelevant, in that this is a claim in respect to a trade mark used only in selling wares in Canada.

obtenu du fabricant français les droits exclusifs de distribution des leurres «Mepps» aux États-Unis et au Canada. Par le biais de cette compagnie américaine, qui n'a d'ailleurs jamais vendu de leurres «Mepps» au Canada, l'appelante avait obtenu, quoique directement de France, des leurres «Mepps» pour vendre au Canada, développant ainsi un commerce important grâce à la publicité et à d'autres formes de promotion. En 1955, le fabricant français qui, lui-même, n'avait jamais exercé d'affaires au Canada (même si ses leurres étaient vendus ici depuis 1951 ou 1952 par le directeur de l'appelante, agissant comme propriétaire unique à cette époque) a produit une demande en vue de l'enregistrement de l'appellation «Mepps» pour des articles de pêche au registre canadien des marques de commerce, et, en 1956, elle cédait à la compagnie américaine tous les droits afférents à la marque de commerce ainsi que l'achalandage qui s'y rattachait et la demande d'enregistrement. Le 29 juin 1956, Boehm-Sheldon Inc. obtenait l'enregistrement et le 7 juillet 1959, elle cédait au prédécesseur de l'appelante ses droits dans la marque de commerce déposée ainsi que l'achalandage qui s'y rattachait.

C'est en ces mots que le juge Gibson a conclu en faveur de l'appelante.

A mon avis, après examen de l'ensemble de la preuve, de novembre 1951 jusqu'en 1956, la marque de commerce «MEPPS» a bien distingué au sens de l'article 2d) de la *Loi sur les marques de commerce* les leurres de la société Mepps de France qui les vendait au Canada des autres leurres; de 1956 au 7 juillet 1959, la marque de commerce canadienne «MEPPS» a distingué au sens de l'article 2d) de la *Loi sur les marques de commerce* les leurres vendus au Canada par la société demanderesse (mais fabriqués en France) des autres leurres, même si la demanderesse n'était pas un utilisateur enregistré de ladite marque de commerce; et du 7 juillet 1959 à ce jour la marque de commerce canadienne «MEPPS» a de même distingué les leurres vendus par elle au Canada.

A mon avis, il suffit d'établir l'origine de ces leurres au Canada. Le fait que certaines personnes au Canada savaient que ces leurres venaient de France où ils étaient fabriqués n'a aucune importance dans cette affaire, en ce sens qu'elle concerne une réclamation à l'égard d'une marque de commerce utilisée uniquement aux fins de vendre des marchandises au Canada.

In the result, none of the defences have been established so as to even rebut the *prima facie* validity of the original registration and of all the subsequent assignments and transmissions thereof by reason of the fact the plaintiff is registered as the owner of trade mark registration number 103,702; and certainly not to rebut the proof adduced by the plaintiff.

The Federal Court of Appeal took a different view of the case. It concluded that the trade mark in question lacked distinctiveness, within the definition in s. 2(f) and within the terms of s. 18(1)(b), and found it unnecessary to consider any other grounds of attack. Jackett C.J. summed up as follows:

In my view, a reading of the evidence given in this case shows that the trade mark "*Mepps*" was used in Canada, prior to its registration, to show that lures sold under that name came from a certain French manufacturer and that those in Canada who came to know that trade mark so understood it; and that, notwithstanding its registration in the name of distributors, it never had any other significance in fact.

If I am right in so appraising the evidence, it follows that, at the time the actions in question were instituted, the trade mark "*Mepps*" did not actually distinguish "wares" in association with which it was used by the respondent (its "owner" by virtue of the registration) from "wares" of persons other than the respondent. In particular, use by the respondent at that time of the trade mark "*Mepps*" in association with goods would not have distinguished such goods from goods of the French manufacturer. I conclude, therefore, that the trade mark was "not distinctive" (within the meaning of the word "distinctive" as defined by the Act) at the time the proceedings bringing the validity of the registration into question were commenced and that the registration is therefore "invalid" by virtue of section 18(1)(b).

I have reached the conclusion that the trade mark "*Mepps*" was not, at the relevant time, "distinctive" only after anxious consideration of the learned trial judge's finding on this aspect of the case. He made a finding that "from 1956 until July 7, 1959, the Canadian trade mark '*MEPPS*' distinguished within the meaning of section 2(f) of the *Trade Marks Act* the lures sold in Canada by the plaintiff company (manufactured in France) from the lures of others, even though the plaintiff was not a registered user of the said trade mark; and from July 7, 1959, to date, the Canadian trade mark '*MEPPS*' similarly distinguished the lures sold by it in

En définitive, la défense n'a rien établi qui soit de nature à repousser même la présomption de validité du premier enregistrement et de toutes ses cessions et transports subséquents en raison du fait que la demanderesse est enregistrée comme titulaire de l'enregistrement de la marque de commerce numéro 103,702; et certainement pas de nature à repousser la preuve produite par la demanderesse.

La Cour d'appel fédérale a opiné différemment. Elle a conclu que ladite marque de commerce n'était pas suffisamment distinctive, au sens de la définition que l'on retrouve à l'art. 2d) et au sens des dispositions de l'al. b) du par. (1) de l'art. 18, et elle a jugé inutile d'examiner tout autre motif d'invalidité. Le juge en chef Jackett s'est exprimé ainsi:

A mon avis, un examen des preuves présentées fait ressortir qu'avant son enregistrement, la marque de commerce "*Mepps*" était utilisée au Canada pour indiquer que les leurres vendus sous cette marque provenaient d'un certain fabricant français et que c'est ce qu'entendaient les familiers de cette marque au Canada. C'est ce fait-là qui était important, bien que l'enregistrement ait été au nom des distributeurs.

Si mon appréciation des preuves est juste, il s'ensuit qu'à l'époque où ont été intentées ces actions, la marque de commerce "*Mepps*" ne distinguait pas vraiment les «marchandises» en liaison avec lesquelles elle était employée par l'intimée (qui, en vertu de l'enregistrement de cette marque, en était propriétaire) des «marchandises» de personnes autres que l'intimée. Et notamment, l'utilisation par l'intimée de la marque "*Mepps*" pour certaines marchandises n'aurait pas permis à cette époque de distinguer ces marchandises des marchandises du fabricant français. J'en conclus donc qu'à l'époque où ont été intentées les actions contestant la validité de l'enregistrement, la marque n'était pas «distinctive» au sens de la loi et que, par conséquent, en vertu de l'article 18(1)(b) l'enregistrement est «invalide».

Ce n'est qu'après un examen approfondi des conclusions du savant juge de première instance sur cet aspect de l'affaire que j'en suis arrivé à la conclusion que la marque de commerce "*Mepps*" n'était pas à l'époque en question «distinctive». Le juge de première instance avait conclu que «de 1956 au 7 juillet 1959, la marque de commerce canadienne "*MEPPS*" a servi à distinguer au sens de l'article 2d) de la *Loi sur les marques de commerce* les leurres vendus au Canada par la société demanderesse (mais fabriqués en France) des autres leurres, même si la demanderesse n'était pas une utilisatrice enregistrée de la marque de commerce; et du 7

Canada". When he finds that, as of the times to which he refers, the trade mark distinguished, within the meaning of section 2(f), the lures sold in Canada by the respondent from the lures of others, he makes a finding that that trade mark was at those times a trade mark that "actually distinguishes the wares . . . in association with which it is used by its owner from the wares . . . of others or is adapted so to distinguish them". In other words his finding would seem to be that, when the "Mepps" mark appeared on lures during the relevant time, it conveyed to the buying public the message that such lures were lures sold by the respondent. Starting with the fact, as found by the learned trial judge and as amply supported by the evidence, that, prior to 1956, the trade mark "Mepps" distinguished, within the meaning of section 2(f), the lures of the French manufacturer from the lures of others, I can find no evidence that, commencing in 1956, anything was done to make it convey to the market some other message. . . .

I agree with the Federal Court of Appeal that the trade mark lacked distinctiveness as that requirement is found in ss. 2(f) and 18 of the *Trade Marks Act* which read as follows:

2. (f) "distinctive" in relation to a trade mark means a trade mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them;

18. (1) The registration of a trade mark is invalid if

(a) the trade mark was not registrable at the date of registration;

(b) the trade mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced; or

(c) the trade mark has been abandoned;

and subject to section 17, it is invalid if the applicant for registration was not the person entitled to secure the registration.

(2) No registration of a trade mark that had been so used in Canada by the registrant or his predecessor in title as to have become distinctive at the date of registration shall be held invalid merely on the ground that evidence of such distinctiveness was not submitted to the

juillet 1959 à ce jour, la marque de commerce canadienne «MEPPS» de même, a servi à distinguer les leurres qu'elle vendait au Canada». Quand il conclut qu'aux époques en question, la marque de commerce distinguait au sens de l'article 2d) des leurres vendus au Canada par l'intimée de ceux fabriqués ou vendus par d'autres, il conclut qu'à ces époques la marque de commerce était une marque «qui distingue véritablement les marchandises . . . en liaison avec lesquelles elle est employée par son propriétaire des marchandises . . . d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi». En d'autres termes, ces conclusions sembleraient indiquer qu'à l'époque en question, la marque «Mepps» apposée à des leurres indiquait aux acheteurs que ces appâts étaient fabriqués par l'intimée. Si l'on se base sur le fait retenu par le savant juge de première instance et amplement confirmé par la preuve qu'antérieurement à 1956, la marque de commerce «Mepps» distinguait, au sens de l'article 2d), les leurres du fabricant français de leurres fabriqués par d'autres, rien n'indique qu'à partir de 1956 un effort ait été fait pour donner au public une autre image de cette marque. . . .

Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale que la marque de commerce n'était pas suffisamment distinctive comme le requièrent l'art. 2d) et l'art. 18 de la *Loi sur les marques de commerce* dont voici le texte:

2. d) «distinctive», par rapport à une marque de commerce, désigne une marque de commerce qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi;

18. (1) L'enregistrement d'une marque de commerce est invalide si

a) la marque de commerce n'était pas enregistable à la date de l'enregistrement;

b) la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement; ou

c) la marque de commerce a été abandonnée;

et, subordonnement à l'article 17, elle est invalide si le demandeur de l'enregistrement n'était pas la personne ayant droit d'obtenir l'enregistrement.

(2) Nul enregistrement d'une marque de commerce qui était employée au Canada par l'inscrivant ou son prédécesseur en titre, au point d'être devenue distinctive à la date d'enregistrement, ne doit être considéré comme invalide pour la seule raison que la preuve de ce carac-

competent authority or tribunal before the grant of such registration.

It is not enough for the appellant to rely on its registration and on the fact that it has promoted, by assiduous cultivation of the market in Canada, the widespread sale of Mepps lures if it be the case that at the material date or dates, those wares, so marked by the French supplier, have not become identified with the appellant as its wares either as their manufacturer or seller. It was on this issue that the appellant contended that the trial judge's findings of fact should be sustained and that the Federal Court of Appeal had wrongly interfered with them.

A number of other facts relevant to this issue must be brought into account in order to determine it. The appellant's predecessor obtained its lures from the French manufacturer between 1954 and 1959 through an arrangement with the American company which held the exclusive distributorship for Canada. The American company took its commission on the business without doing anything significant to earn it, and this was a factor in the successful effort of the appellant to obtain an assignment of the registered Canadian trade mark. About a week after obtaining the assignment to it of the registered trade mark, the appellant entered into an arrangement with the French manufacturer for the exclusive distribution rights to Mepps lures in Canada under a five year contract which forbade any dealing by the appellant with products competitive to Mepps without the French company's written permission. The arrangement, which called for the importation of a minimum number of Mepps lures, was renewed for another five year period in 1964, and there was a further five year renewal in 1969. The appellant paid a ten per cent commission on its purchases to a person in France to whom such a commission had been paid before 1959 by the American company and this commission plus another ten per cent payable to the American company, was collected from the appellant on its purchases between 1954 and 1959.

Conflicting views were taken by the parties on the relative level of retail prices in Canada and in France for Mepps lures, it being the submission of

tère distinctif n'a pas été soumise à l'autorité ou au tribunal compétent avant l'octroi de cet enregistrement.

Il ne suffit pas pour l'appelante de compter sur son enregistrement et sur le fait qu'elle a fait la promotion, par un travail assidu sur le marché canadien, de la vente sur une grande échelle des leurres Mepps, si la situation est telle qu'aux époques en cause, ces marchandises, ainsi estampillées par le fournisseur française n'ont pas été identifiées comme étant celles que l'appelante aurait fabriquées ou vendues. C'est à partir de cette prémisse que l'appelante a prétendu que les conclusions sur les faits du juge de première instance devraient être confirmées et que la Cour d'appel fédérale n'avait pas eu raison de les modifier.

Pour trancher ce litige, il est nécessaire de considérer d'autres faits qui lui sont pertinents. De 1954 à 1959, le prédécesseur de l'appelante obtenait ses leurres du fabricant français par le biais d'une entente avec la compagnie américaine qui détenait les droits exclusifs de distribution au Canada. Cette dernière percevait, sans aucun effort de sa part, un pourcentage du chiffre d'affaire et ceci a favorisé l'appelante lorsqu'elle a tenté, avec succès d'obtenir la cession de la marque de commerce canadienne déposée. Environ une semaine après avoir obtenu cession de la marque de commerce déposée, l'appelante a signé un accord avec le fabricant français assurant à celle-ci, pour une période de cinq ans, les droits exclusifs de distribution des leurres Mepps au Canada et lui interdisant toute transaction impliquant un produit concurrent à Mepps sans l'autorisation écrite de la compagnie française. Cet accord, qui prévoyait l'importation d'un nombre minimum de leurres Mepps, a été renouvelé pour des périodes additionnelles de cinq ans en 1964 et en 1969. L'appelante a payé une commission de dix pour cent sur ses achats à une personne en France, à qui une telle commission avait été payée avant 1959 par la compagnie américaine, et cette commission, à laquelle s'ajoutait un autre dix pour cent payable à la compagnie américaine, était perçu par l'appelante sur ses achats entre 1954 et 1959.

Des divergences d'opinions sont survenues entre les parties concernant le décalage qui existe au niveau du prix de détail des leurres Mepps au

the respondent that the Canadian prices charged by the appellant were much higher for the same product. The respondent's evidence was that it was able to sell the Mepps lures in Canada at lower prices. I do not think that price as such has any bearing on the issues in this case. What was urged by the respondent, however, was that the course of dealing between the American company and Mepps, between the appellant and the American Company and, subsequently, between the appellant and Mepps showed that the trade mark in question was in truth owned by Mepps, that its use was a part of the five year exclusive distributorship arrangements, and that it would go back to the French manufacturer upon the termination of the contracts. In short, the submission was that the trade mark was an element in the control of the importation of Mepps lures into Canada for the benefit of both the appellant and Mepps and that it did not represent any market association in Canada of wares other than those of Mepps as manufacturer.

The appellant contended that this submission took too narrow a view of the trade mark protection provided under the present *Trade Marks Act* in contradistinction to predecessor legislation, and it pointed particularly to s. 47(1) of the Act reading as follows:

47. (1) A trade mark, whether registered or unregistered, is transferable, and deemed always to have been transferable, either in connection with or separately from the goodwill of the business and in respect of either all or some of the wares or services in association with which it has been used.

Moreover, it contended that on the findings of the trial judge it was entitled to the protection of the registered Mepps trade mark on the basis of product differentiation of Mepps lures sold by it in Canada. Having regard to the evidence of its course of dealing in Mepps lures and the findings thereon at the trial, the appellant invoked, in the main, in support of the validity of its registered trade mark certain principles derived from the

Canada et en France, l'intimée alléguant que, pour le même produit, les prix fixés par l'appelante pour le marché canadien étaient beaucoup plus élevés. L'intimée a fait valoir qu'elle pouvait les vendre moins cher au Canada. Je ne crois pas que la question du prix soit pertinente dans la présente affaire. Cependant, l'intimée a fait valoir que les transactions entre la compagnie américaine et Mepps, entre l'appelante et la compagnie américaine et, par la suite, entre l'appelante et Mepps ont démontré que la marque de commerce en question appartenait en fait à Mepps, que son utilisation était prévue dans les accords quinquennaux portant sur les droits exclusifs de distribution, et qu'elle devait revenir au fabricant français à l'expiration des contrats. Bref, l'allégation est à l'effet que la marque de commerce était un élément qui permettait de contrôler l'importation au Canada des leurres Mepps au profit de l'appelante et de Mepps et qu'elle ne représentait aucune association, sur le marché canadien, de marchandises autres que celles fabriquées par Mepps.

L'appelante a prétendu que cette allégation interprétait trop restrictivement la protection qu'accorde aux marques de commerce l'actuelle *Loi sur les marques de commerce* par opposition à la loi antérieure, et elle a insisté particulièrement sur le par. (1) de l'art. 47 de la Loi que voici:

47. (1) Une marque de commerce, déposée ou non, est transférable et est censée avoir toujours été transférable, soit à l'égard de la clientèle de l'entreprise, soit isolément, et soit à l'égard de la totalité, soit à l'égard de quelques-unes des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle a été employée.

De plus, l'appelante a prétendu que selon les conclusions du juge de première instance, elle avait droit à la protection de la marque de commerce déposée «Mepps» en vertu du caractère distinctif des leurres Mepps qu'elle vendait au Canada. Quant à la preuve portant sur le commerce des leurres Mepps et les conclusions de première instance sur ce propos, l'appelante a principalement invoqué, en faveur de la validité de sa marque de commerce déposée, certaines règles issues des

cases of *A. Bourjois & Co., Inc. v. Katzel*², and *R. J. Reuter Coy. Ltd. v. Mulhens*³.

Throughout the periods of the dealings with the French manufacturer, the imported lures continued to be stamped "Made in France", but the evidence established that assembling came to be done by the appellant which also did packaging to prepare the Mepps lures for the Canadian market. If this is relied on, as it appeared to be, to establish that the use of the trade mark "Mepps" in association with these lures entitled the appellant to claim that a different message was being conveyed to the public after 1956 than before that time I cannot accept this to be so. On this point, *Wilkinson Sword (Canada) Ltd. v. Juda*⁴ is instructive.

The *Bourjois* and *Reuter* cases can best be understood by an exposition of the underlying principles of our trade mark legislation as it affected assignment of trade marks prior to the enactment of s. 47 and by an examination of the effect of s. 47. Prior to its introduction, the requirement of distinctiveness, in the sense of identification of the source or origin of the goods with which the trade mark was associated, was supported by a requirement that there be no deception or confusion of the public in the message conveyed by the trade mark. Thus it was that an assignment of a trade mark could only be valid if it was assigned together with the entire goodwill of the business in the goods for which the trade mark was registered. It is enough to refer here to the judgments in *Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. v. The Registrar of Trade Marks*⁵ and *Wilkinson Sword (Canada) Ltd. v. Juda, supra*, in which the various considerations affecting the validity of an assignment were considered. It is important to notice that an assignment as aforesaid would not invariably support the assignee's claim to trade mark protection if there was a deception of the public in the message that the trade mark conveyed in its use by the assignee, that is, if the public would

causes de *A. Bourjois & Co., Inc. v. Katzel*², et *R. J. Reuter Coy. Ltd. v. Mulhens*³.

Durant toutes les périodes visées par les accords avec le fabricant français, les leurres importés étaient toujours marqués «Made in France», mais la preuve a démontré que l'appelante en est venue à assembler et à emballer des leurres Mepps pour la vente au Canada. Si l'on s'appuie sur ce fait, et tel semble être le cas, pour démontrer que l'utilisation de la marque de commerce «Mepps» pour ces leurres accordait à l'appelante le droit de revendre qu'un message différent était communiqué au public après 1956 plutôt qu'avant cette époque, je ne peux accepter cet argument. A cet égard, *Wilkinson Sword (Canada) Ltd. c. Juda*⁴, est très explicite.

Pour mieux comprendre les causes de *Bourjois* et *Reuter*, il convient d'exposer les principes fondamentaux de notre législation sur les marques de commerce qui ont influé sur la cession des marques de commerce avant l'adoption de l'art. 47 et d'examiner l'effet de l'art. 47. Antérieurement à son introduction, l'exigence d'un caractère distinctif, au sens de l'identification de la source ou de l'origine des marchandises auxquelles était liée la marque de commerce, était étayée par celle voulant que le message communiqué par la marque de commerce ne soit pas de nature à tromper le public ou à induire en erreur. Ainsi, la cession d'une marque de commerce ne pouvait être valide que si elle s'accompagnait de tout l'achalandage relatif aux marchandises concernant lesquelles la marque de commerce était déposée. Il suffit de nous référer ici aux décisions rendues dans *Great Atlantic and Pacific Tea Co. Ltd. c. Le registraire des marques de commerce*⁵, et *Wilkinson Sword (Canada) Ltd. c. Juda, précitée*, où furent examinés les divers principes touchant la validité d'une cession. Il importe de souligner qu'une cession telle que décrite ci-dessus n'affirme pas invariablement le droit du cessionnaire à la protection offerte par la marque de commerce si le message communiqué

² (1923), 260 U.S. 689.

³ (1953), 70 R.P.C. 235.

⁴ [1968] 2 Ex.C.R. 137.

⁵ [1945] Ex.C.R. 233.

² (1923), 260 U.S. 689.

³ (1953), 70 R.P.C. 235.

⁴ [1968] 2 R.C.E. 137.

⁵ [1945] R.C.E. 233.

take from it that the trade mark was still distinctive of the origin of the goods being in the assignor rather than being distinctive merely of the place of manufacture. As was said by Lord Cranworth in *Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co.*⁶, at p. 534:

The question in every such case must be whether the purchaser in continuing the use of the original trade mark would, according to the ordinary usages of trade, be understood as saying more than that he was carrying on the same business as had been formerly carried on by the person whose name constituted the trade mark. In such a case I see nothing to make it improper for the purchaser to use the old trade marks, as the mark would, in such a case, indicate only that the goods so marked were made at the manufactory which he had purchased.

I would refer also in this connection to *Imperial Tobacco Co. of India Ltd. v. Bonnan*⁷, where Lord Phillimore said (at p. 760):

... It is possible for an importer to get a valuable reputation for himself and his wares by his care in selection or his precautions as to transit and storage, or because his local character is such that the article acquires a value by his testimony to its genuineness; and if therefore goods, though of the same make, are passed off by competitors as being imported by him, he will have a right of action.

The *Bourjois* case, relied on by the appellant, falls within the acceptable limits of assignment reflected in the foregoing authorities. It was one where a French manufacturer, which carried on business in the United States as well as in France, sold its American business to the plaintiff along with the goodwill and two trade marks registered in the United States relating particularly to face powder. The trade marks were registered again by the plaintiff and it continued the business it had purchased, importing its face powder from France and using substantially the same form of box and label which its vendor had used. Like the appellant here, the plaintiff in the *Bourjois* case built up a

par celle-ci, suivant son utilisation par le cessionnaire, a induit le public en erreur, c'est-à-dire si le public en a déduit que la marque de commerce se rattachait toujours à l'origine de la marchandise, donc qu'elle provenait du cédant, plutôt qu'à l'endroit de fabrication. Comme nous l'indique lord Cranworth dans *Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co.*⁶, à la p. 534:

[TRADUCTION] Dans une cause semblable, nous devons toujours décider si l'acheteur, en continuant d'utiliser la marque de commerce originale, suggère l'idée, selon les pratiques commerciales courantes, qu'il fait plus qu'exercer le même commerce qu'exerçait antérieurement la personne dont le nom constituait la marque de commerce. Dans pareil cas, je ne vois rien qui puisse empêcher l'acheteur d'utiliser les anciennes marques de commerce car, dans une situation semblable, la marque indiquerait seulement que les marchandises ainsi marquées ont été fabriquées à la manufacture qu'il avait achetée.

Sous ce rapport, je fais également référence aux propos de lord Phillimore dans *Imperial Tobacco Co. of India Ltd. v. Bonnan*⁷, (à la p. 760):

[TRADUCTION] ... Un importateur peut acquérir, pour lui-même et pour sa marchandise, une excellente réputation par une sélection soignée ou par ses précautions lors du transport et de l'entreposage, ou grâce à sa renommée qui confère à la marchandise un caractère d'authenticité; et, par conséquent, si des concurrents font passer de la marchandise, bien que de la même marque, comme étant importée par lui, ce dernier aura alors un droit d'action.

L'affaire *Bourjois*, sur laquelle s'est appuyée l'appelante, se conforme aux principes jurisprudentiels exposés plus haut relativement à la cession. Dans cette cause-là, un fabricant français qui exerçait des affaires aux États-Unis et en France, a vendu au demandeur son commerce américain, son achalandage et deux marques de commerce déposées aux États-Unis qui avaient trait à de la poudre. Les marques de commerce ont été enregistrées de nouveau par le demandeur qui continua à exercer le commerce qu'il avait acheté, important sa poudre de France et utilisant à peu près les mêmes contenants et les mêmes étiquettes que son vendeur avait utilisés. Tout comme l'appelante en

⁶ (1865), L.R. 11 H.L.C. 522.

⁷ [1924] A.C. 755.

⁶ (1865), L.R. 11 H.L.C. 522.

⁷ [1924] A.C. 755.

flourishing business. The narrative of facts in that case discloses, however, that the labels had come to be understood by the public as meaning goods coming from the plaintiff. In holding that there was infringement by the defendant which bought the same powder in France and sold it in the United States in the genuine French boxes, Holmes J. noted also that the plaintiff had acquired the trade mark with the goodwill of the business it had purchased and that the trade mark could only be sold with the goodwill. What distinguishes that case from the present one, apart from the fact that it cannot be said here that there was any goodwill to be acquired of any business of the American company or of Mepps itself in Canada, is that the plaintiff there had changed the message so that the trade mark was distinctive of his product. This is not so in this case.

This brings me to s. 47 and to the effect which it has on assignment of trade marks beyond what was permitted under the pre-existing law. I do not read s. 47 as permitting untrammelled assignment in gross without regard to the associative character of the assigned trade mark in identifying the goods as those of the assignee owner. Section 47 is distinguishable from the comparable English provision, s. 22(1) of the *Trade Marks Act*, 1938, which was considered in the *Reuter* case. The proprietary aspect of a trade mark as assignable in gross is fortified under the English Act by providing for the intervention of the Registrar to approve the assignment as not contrary to the public interest, and by providing further that an assignment not made in connection with the goodwill of the business shall not take effect unless the assignee within a prescribed time has applied to the Registrar for directions respecting the advertisement of the assignment and advertises it accordingly. The protection given by these provisions against public deception is not found in the Canadian legislation, and the burden of such protection still resides in the definition of distinctiveness in s. 2(f) and in the application of s. 18. The *Reuter* case involved as one of its elements the effect of trading with the enemy legislation and certain orders thereunder

cette cause, le demandeur dans l'affaire *Bourjois* a développé un commerce florissant. Cependant, l'exposé des faits dans cette affaire-là nous révèle que le public avait déduit des étiquettes que les marchandises provenaient du demandeur. En décidant que la défenderesse s'était rendue coupable de contrefaçon en achetant la même poudre en France et en la vendant aux États-Unis dans les boîtes françaises originales, le juge Holmes a également souligné que le demandeur avait acheté la marque de commerce avec l'achalandage propre à ce commerce et que la marque de commerce ne pouvait être vendue sans l'achalandage. La différence entre cette cause et celle présentement en litige, outre le fait qu'il n'y avait ici aucun achalandage qui accompagnait le commerce de la compagnie américaine ou de Mepps au Canada, est que le demandeur dans cette cause-là avait modifié le message de sorte que la marque de commerce distinguait son produit. Tel n'est pas le cas dans la présente affaire.

Abordons maintenant l'art. 47 et ses conséquences sur une cession de marques de commerce qui va au-delà de ce que permettait la loi antérieure. Selon moi, le texte de l'art. 47 ne permet pas une cession libre et complète sans égard au caractère d'association de la marque de commerce cédée qui identifie les marchandises comme étant celles du propriétaire cessionnaire. L'article 47 se distingue de sa contrepartie anglaise, soit le par. (1) de l'art. 22 du *Trade Marks Act* de 1938, que l'on avait appliqué dans l'affaire *Reuter*. Le droit de propriété sur une marque de commerce qui permet d'en faire une cession complète est renforcé dans la loi anglaise qui prévoit l'intervention du registraire pour certifier que la cession n'est pas contraire à l'ordre public et qui prévoit également qu'une cession qui ne comprends pas l'achalandage ne prendra pas effet à moins que le cessionnaire ait demandé au registraire, dans les délais prescrits, des directives concernant la publicité de la cession et qu'il se soit conformé à ces directives. La loi canadienne ne comprend aucune disposition semblable pour protéger le public contre la tromperie, et c'est toujours à la définition du caractère distinctif de l'art. 2d) et à l'application de l'art. 18 que revient le rôle de protecteur. L'affaire *Reuter* traite entre autres de l'application de la loi sur les

but, in its relevant trade mark aspect, it exhibited the case of an English company which had for many years manufactured certain products under a label indicating their English origin although it also indicated in its business a German source of its products for which there were registered trade marks in England which the English company had obtained by assignment from the Custodian of Enemy Property. There are two passages in the reasons of Evershed, M.R. to which I wish to refer and I should note that it is upon the second of them that the appellant herein strongly relies. The two passages are as follows:

It may well be that it is still true to say that a mark which is on the face of it distinctive of goods made by "A" cannot be assigned or transferred so as to be applied to goods made by "B"; for a trade mark is still distinctive of origin. (See *Aristoc Ld. v. Rysta Ld.* (1945), 62 R.P.C. 65, which decided that a trade mark could not be validly registered in respect of goods which was not distinctive of the business origin of the goods, but only of the fact that a repairing process had been applied to them). A mark on the face of it distinctive of one origin, if applied to goods of a different origin, would *prima facie* be deceptive and therefore subject to the terms of Sec. 11 of the Act.

It was not, however, suggested by the Defendant in the present case that the marks, if registered in the name of the Plaintiff Company, would be so deceptive. They still indicate their manufacturing origin, which is in fact the Plaintiff Company's business; and in my judgment it is now clear that by virtue of Sec. 22(1) of the 1938 Act a mark may be validly assigned by one manufacturer to another without any assignment of the business or goodwill of the assignor, and so as thenceforth to be distinctive of a manufacturing origin different in fact from the previous manufacturing origin, so long, at any rate, as the mark is not deceptive. It is also no doubt true that since the Act a mark distinctive of a manufacturing origin, which is in fact the business of "A" may be assigned by "A" to "B" and will thenceforth be applied by "B" to goods originating from "A" so that the mark still remains distinctive of the same manufacturing origin. . . .

relations commerciales avec l'ennemi et de certaines ordonnances établies sous son autorité, mais sous l'angle des marques de commerce, il s'agissait d'une compagnie anglaise qui fabriquait depuis plusieurs années certains produits sous une étiquette indiquant leur origine anglaise bien qu'elle indiquât également une source allemande pour ses produits dont des marques de commerce déposées existaient en Angleterre et que la compagnie anglaise avait obtenues par cession du curateur des biens de l'ennemi. Voici deux extraits des motifs du juge Evershed, maître des rôles, que je désire citer et je me dois de souligner ici que l'appelante en cette Cour s'appuie très fortement sur le second extrait:

[TRADUCTION] Il peut être encore vrai qu'une marque qui paraît distinctive des marchandises fabriquées par «A» ne peut faire l'objet d'une cession ou d'un transport afin d'être apposée aux marchandises fabriquées par «B»; car une marque de commerce distingue toujours l'origine. (Voir *Aristoc Ld. v. Rysta Ld.* (1945), 62 R.P.C. 65, où il a été décidé qu'une marque de commerce ne pouvait pas être validement déposée pour des marchandises si elle ne distingue pas l'origine commerciale des marchandises, mais seulement le fait que ces marchandises ont subi une remise en état.) Une marque qui paraît être distinctive d'une origine ne saurait être apposée sur des marchandises d'origine différente sans être trompeuse à première vue et tomberait ainsi sous le coup des dispositions de l'art. 11 de la Loi.

Cependant, le défendeur en la présente affaire n'a pas allégué que les marques induiraient ainsi en erreur si elles étaient déposées au nom de la compagnie demanderesse. Elles indiquent toujours l'origine de leur fabrication qui est, en fait, le commerce de la compagnie demanderesse; et, à mon avis, il ne fait aucun doute maintenant qu'en vertu du par. (1) de l'art. 22 de la Loi de 1938, une marque peut être validement cédée d'un fabricant à un autre sans aucune cession du commerce ou de l'achalandage du cédant, et ainsi être désormais distinctive d'une origine de fabrication véritablement différente de l'origine de fabrication antérieure et ce, tant et aussi longtemps que la marque n'induit pas en erreur. Depuis cette loi, il ne fait également aucun doute qu'une marque distinctive d'une origine de fabrication, qui est en fait le commerce de «A», peut être cédée par «A» à «B» qui l'apposera désormais sur des marchandises qui proviennent de «A» de sorte que la marque demeure toujours distinctive de la même origine de fabrication.

...

This second passage must be related to the particular legislation on which it rests. Moreover, what is significant in the passage relied on by the appellant is the reference to manufacturing origin and to the fact that it is a manufacturer's mark that is being considered. If the reference is to a mark already established as distinctive of the goods of a particular trader in a particular market, that is not this case. Further, if the appellant's contention is in truth that it can obtain an assignment in gross of a trade mark indicative of a certain manufacturing origin and use it as a seller's mark in respect of wares which it does not manufacture but which it has continued to obtain from the very manufacturer with the mark attached thereto by the latter, I do not see how in this respect the requirement of distinctiveness under the Canadian legislation is satisfied, especially in view of the distributorship agreements between the appellant and Mepps.

Gibson J. appears to have taken a different view on the facts, if not on the law, on this matter in a passage in his reasons already quoted but which I repeat here. It is as follows:

In my view, it is sufficient that the origin in Canada of these lures be established. The fact that the origin of manufacture in France of the lures was known by some persons in Canada in this case, is irrelevant, in that this is a claim in respect to a trade mark used only in selling wares in Canada.

If this passage is meant to convey that there was a basis in the Canadian market for supporting the validity of the trade mark as a seller's mark indicative of goods sold by the appellant, I agree with Jackett C.J. that it is not supported by the record.

This is sufficient to dispose of the appeal which, in my opinion, fails and must be dismissed with costs. In view of this conclusion I refrain from any decision on the submission of the respondent that the initial registration of the trade mark by the American company was invalid because that company was not a qualified applicant for registration or a qualified registrant. I would add that I agree

Ce second passage doit être lu au regard de la loi particulière sur laquelle il repose. De plus, la mention de l'origine de fabrication et du fait que la marque considérée était celle d'un fabricant constitue le trait significatif du passage sur lequel s'appuie l'appelante. Si l'on renvoie à une marque que l'on considère déjà comme distinctive des marchandises d'un commerçant donné dans un marché donné, alors cela ne reflète pas la présente situation. D'ailleurs, si l'appelante prétend véritablement qu'elle peut obtenir une cession complète d'une marque de commerce représentant une certaine origine de fabrication et l'utiliser comme la marque d'un vendeur relativement à des marchandises qu'elle ne fabrique pas mais qu'elle obtient toujours du même fabricant qui leur appose ladite marque, je ne vois pas comment l'on peut, sous ce rapport, satisfaire à l'exigence d'un caractère distinctif que prévoit la loi canadienne, surtout en présence des ententes de distribution intervenues entre l'appelante et Mepps.

Le juge Gibson semble avoir interprété différemment les faits, sinon la loi, concernant cette affaire comme en témoigne ce passage de ses motifs que je cite de nouveau:

A mon avis, il suffit d'établir l'origine de ces leurres au Canada. Le fait que certaines personnes au Canada savaient que ces leurres venaient de France où ils étaient fabriqués n'a aucune importance dans cette affaire, en ce sens qu'elle concerne une réclamation à l'égard d'une marque de commerce utilisée uniquement aux fins de vendre des marchandises au Canada.

Si cet extrait signifie qu'il existe, au sein du marché canadien, un fondement sur lequel peut s'appuyer la validité de la marque de commerce utilisée comme marque d'un vendeur qui représente des marchandises vendues par l'appelante, je suis d'accord avec le juge en chef Jackett que cette conclusion n'est pas étayée par le dossier.

Cela suffit à décider du pourvoi qui, à mon avis, doit être rejeté avec dépens. En raison de cette conclusion, je m'abstiens de statuer sur l'allégation de l'intimée voulant que l'enregistrement initial de la marque de commerce par la compagnie américaine soit invalide parce que cette compagnie n'était pas une requérante autorisée aux fins de l'enregistrement ou une demanderesse autorisée.

with the Federal Court of Appeal that there is no basis in this case for a claim by the appellant for relief under ss. 7 and 22 of the *Trade Marks Act*.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the plaintiff, appellant: Weldon F. Green, Toronto.

Solicitors for the defendant, respondent: Gowling & Henderson, Ottawa.

J'ajouterais également que je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale que l'appelante ne peut fonder un recours sur les art. 7 et 22 de la *Loi sur les marques de commerce*.

Appel rejeté avec dépens.

Procureur de la demanderesse, appelante: Weldon F. Green, Toronto.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Gowling & Henderson, Ottawa.

Concrete Column Clamps (1961) Limited
(*Defendant*) *Appellant*;

and

Adrien Demontigny Inc. (*Plaintiff*)
Respondent;

and

Jean-Louis Caron, Claude Bourgeois and René Martineau *Mis en cause.*

1974: March 25; 1975: January 28.

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

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

Fault—Liability of contractor—Contract at fixed price—Collapse of building under construction—Sub-contract for forms and supports—Overloading—Sub-contractor not responsible—Civil Code, Arts. 1684, 1688 and 1065.

Respondent was general contractor for a building under a fixed price contract and appellant was his subcontractor for the forms for the concrete slabs and their supports. Post-stressed concrete beams were specified as supports for the three upper slabs so as to avoid any interior columns over the first slab. The reinforcing of each of these beams consisted of two steel wire cables each placed in a thin metal sleeve. These cables, when tensioned as required between anchor cones at each end, would put all the load onto the foundation walls, through the reinforced concrete structure of the peripheral walls. However, so long as the cables remained untensioned, the load was of necessity supported by the basement slab, through the forms and their supports. Nearly all the interior structure collapsed, including a good part of the basement slab, just as pouring of the roof slab was being completed and before tension had begun to be applied to the cables of beams in the other slabs. The Superior Court, upheld by the Court of Appeal, found that the collapse occurred from yielding of the form supports, and not from rupture of the basement slab, the latter being only a consequence of the former, and it ordered appellant to pay damages to respondent. Hence the appeal to this court.

Held: The appeal should be allowed.

The true cause of the collapse was the overload imposed through the fault of respondent, who did not

Concrete Column Clamps (1961) Limited
(*Défenderesse*) *Appelante*;

et

Adrien Demontigny Inc. (*Demanderesse*)
Intimée;

et

Jean-Louis Caron, Claude Bourgeois et René Martineau *Mis en cause.*

1974: le 25 mars; 1975: le 28 janvier.

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

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

Faute—Responsabilité d'entrepreneur—Contrat à forfait—Écroulement d'édifice en construction—Sous-contrat pour coffrages et supports—Surcharge—Sous-traitant non responsable—Code civil, art. 1684, 1688, 1065.

L'intimée était l'entrepreneur général par contrat à forfait pour la construction d'un édifice et l'appelante était son sous-traitant pour les coffrages des dalles et leurs supports. Pour éviter toute colonne à l'intérieur au-dessus de la première dalle, on avait prévu des poutres en béton postcontraint pour supporter les trois dalles au-dessus. L'armature de chacune de ces poutres consistait en deux câbles de fil d'acier placés chacun dans une gaine de métal mince. Ces câbles, une fois tendus comme prévu entre des cônes d'ancrage placés à chaque extrémité, devaient faire porter toute la charge sur les murs de fondation par l'intermédiaire de la charpente en béton armé des murs périphériques. Mais tant que les câbles restaient non tendus, la charge devait nécessairement être supportée par la dalle du sous-sol par l'intermédiaire des coffrages et de leurs supports. Pratiquement toute la charpente intérieure s'est écroulée, y compris une grande partie de la dalle du sous-sol, alors que l'on achevait de couler la dalle du toit avant d'avoir commencé à appliquer la contrainte aux câbles des poutres des autres dalles. La Cour supérieure, confirmée par la Cour d'appel, a conclu que l'écroulement s'est produit par l'affaissement des supports des coffrages et non par la rupture de la dalle du sous-sol qui en a été la conséquence, et elle a condamné l'appelante à payer à l'intimée des dommages. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

La vraie cause de l'écroulement c'est la surcharge imposée par la faute de l'intimée qui n'a pas appliqué ou

tension, or cause to be tensioned, the cables of the beams in either the ground floor slab, or the first floor slab, before pouring the concrete for the roof slab, contrary to what was intended. The general conditions of the contract hold the respondent liable in the event of overloading which causes an accident. Appellant was under no obligation to furnish supports capable of withstanding this overload, of which neither it nor those who had the power to contract on its behalf were forewarned, and which it was not obliged to foresee.

Audette v. Guérard & Guérin (1912), 42 Que. S.C. 14; *A. Cohen and Co. Inc. v. Industries Brandon Limitée*, [1959] Que. S.C. 63; *J. A. Y. Bouchard Inc. v. Gagnon*, [1968] Que. Q.B. 803; *Hill, Clarke-Francis Ltd. v. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*, [1941] S.C.R. 437, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec¹, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

D. H. Wood, for the defendant, appellant.

Roger Thibaudeau, Q.C., and *M. Beaumier*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—The appeal is against a decision of the Quebec Court of Appeal which affirmed a judgment of the Superior Court condemning appellant (Clamps) to pay respondent (Demontigny) \$86,779.26 for damages resulting from the partial collapse of the structure of a building under construction. The action was also brought against the architect, Caron, and the engineers, Bourgeois and Martineau, but Demontigny did not appeal the decision affirming the dismissal of the action against them, and appellant Clamps sought no conclusions against them. They are therefore not really parties to this appeal though a notice of appeal was served on them, and they were not represented at the hearing.

The building under construction was the Trois-Rivières Normal School. The damaged portion was a wing measuring approximately 124 feet long by 61 feet wide, and 47 feet high above the foundation. The structure of this wing was of a

¹ [1973] C.A. 180.

fait appliquer la contrainte aux câbles des poutres de la dalle du rez-de-chaussé ni à ceux de la dalle de l'étage avant de couler le béton de la dalle du toit, contrairement à ce qui avait été prévu. Les conditions générales du contrat principal tiennent l'intimée responsable en cas de surcharge occasionnant un accident. Quant à l'appelante, elle n'avait pas, selon les conditions du sous-contrat, l'obligation de fournir des supports capables de résister à cette surcharge dont ni elle, ni ceux qui avaient le pouvoir de contracter en son nom, n'avaient été prévenus et qu'elle n'était pas obligée de prévoir.

Arrêts mentionnés: *Audette c. Guérard & Guérin* (1912), 42 C.S. 14; *A. Cohen and Co. Inc. c. Industries Brandon Limitée*, [1959] C.S. 63; *J. A. Y. Bouchard Inc. c. Gagnon*, [1968] B.R. 803; *Hill, Clarke-Francis Ltd. c. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*, [1941] R.C.S. 437.

APPEL d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine, province de Québec¹, confirmant un jugement de la Cour supérieure. Appel accueilli.

D. H. Wood, pour la défenderesse, appelante.

Roger Thibaudeau, c.r., et *M. Beaumier*, pour la demanderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure condamnant l'appelante (Clamps) à payer à l'intimée (Demontigny) \$86,779.26 pour dommages résultant de l'écroulement partiel d'une charpente d'édifice en construction. La poursuite avait été intentée également contre l'architecte Caron et les ingénieurs Bourgeois et Martineau, mais Demontigny n'a pas formé de pourvoi à l'encontre de l'arrêt confirmant le rejet de l'action contre eux et l'appelante, Clamps, n'a pas pris de conclusions contre eux. Ils ne sont donc pas vraiment parties à ce litige bien qu'un avis du pourvoi leur ait été signifié et ils n'étaient pas représentés à l'audition.

L'édifice en construction était l'École normale de Trois-Rivières. La partie endommagée est une aile mesurant approximativement 124 pieds de longueur par 61 pieds de largeur et 47 pieds de hauteur au-dessus de la fondation. La charpente

¹ [1973] C.A. 180.

very special design. It was an innovation in reinforced concrete technology. Mention was made of only one other building in Quebec in which this technique had previously been used. This innovation consisted of using, to support the ground floor, first floor and roof slabs, what were called pre-tensioned concrete beams. In actual fact, the concrete was post-tensioned, because according to the specifications, the tension was to be applied only when the concrete had attained a resistance of 4,000 lbs./sq. in., or about 18 days after the pouring.

It must be added that the balance of the structure had ordinary reinforcing placed in the forms before pouring. This is how the basement slab was built, it was a monolithic structure of ordinary reinforced concrete with integral beams supported not only on the peripheral foundation wall, but on interior columns as well. Pre-stressed concrete beams were specified as the support for the three upper slabs so as to avoid having any interior columns over the first slab. The reinforcing of each of these beams—with a span of about 60 feet—instead of being made of steel rods embedded in concrete, consisted of two steel wire cables each placed in a thin metal sleeve. At the time of pouring these untensioned cables, placed longitudinally, offered no resistance, but once tensioned as required between anchor cones placed at each end, their effect was to be to put all the load onto the foundation walls, through the reinforced concrete structure of the peripheral walls. However, so long as the cables remained untensioned, the load was of necessity supported by the basement slab, through the forms and their supports.

The accident occurred on April 21, 1961, just as pouring of the roof slab was being completed. Nearly all the interior structure collapsed, including a good part of the basement slab. Tension had not yet begun to be applied to the cables of beams in the other slabs.

en était une d'une conception très spéciale. C'était une innovation dans la technique du béton armé. On n'a parlé que d'un seul autre immeuble fait auparavant au Québec avec ce procédé. Cette innovation consistait à utiliser pour supporter les dalles du rez-du-chaussée, de l'étage et du toit ce que l'on a appelé des poutres en béton précontraint. Au vrai, il s'agissait de béton postcontraint (post-tensioned) car, suivant le devis, la contrainte ne devait être appliquée que lorsque le béton aurait atteint une résistance de 4,000 livres/po², soit environ 18 jours après la coulée.

Il faut ajouter que le reste de la charpente avait une armature ordinaire placée dans les coffrages avant la coulée. C'est ainsi qu'était construite la dalle du sous-sol qui était une charpente monolithique de béton armé ordinaire comprenant des poutres faisant corps avec elle et ayant leurs points d'appui non seulement sur le mur de fondation périmétrique, mais aussi sur des colonnes à l'intérieur. C'est pour éviter toute colonne à l'intérieur au-dessus de la première dalle que l'on avait prévu des poutres en béton précontraint pour supporter les trois dalles au-dessus. L'armature de chacune de ces poutres d'environ 60 pieds de portée, au lieu d'être faite de barres d'acier noyées dans le béton, consistait en deux câbles de fil d'acier placés chacun dans une gaine de métal mince. Lors de la coulée, ces câbles non tendus placés longitudinalement n'offraient aucune résistance mais, une fois tendus comme prévu entre des cônes d'ancrage placés à chaque extrémité, ils devaient avoir pour effet de faire porter toute la charge sur les murs de fondation par l'intermédiaire de la charpente en béton armé des murs périphériques. Au contraire, tant que les câbles restaient non tendus, la charge devait nécessairement être supportée par la dalle du sous-sol par l'intermédiaire des coffrages et de leurs supports.

L'accident est survenu le 21 avril 1961 au moment où l'on achevait de couler la dalle du toit. Pratiquement toute la charpente intérieure s'est écroulée, y compris une grande partie de la dalle du sous-sol. On n'avait pas encore commencé à appliquer la contrainte aux câbles des poutres des autres dalles.

Demontigny was general contractor for the entire job. Clamps, or more precisely, another firm whose obligations it assumed, was its subcontractor for construction of the forms at a unit price. Demontigny claimed from the latter for the damage caused by the accident, alleging that it was the temporary supports or jacks holding up the forms, which gave way. The defence, while alleging that the general contractor did not apply tension to the beams in each slab before pouring the slab above, maintained that the collapse was due to rupture of the basement slab, not the yielding of the form supports. The lengthy hearing at first instance was concerned essentially with this question, of which was the first to yield, the basement slab or the form supports. Two of the expert witnesses called by Clamps were Gilles Vandry and Roger Beauchemin, engineers, who immediately after the accident, acted on a commission of inquiry established under the *Public Inquiry Commission Act* (R.S.Q. 1941, c. 9, now R.S.Q. 1964, c. 11). The trial judge dismissed the objection to their testimony in support of the theory that the slab had ruptured first. However, he preferred to accept the view of other experts, remarking that:

[TRANSLATION] The fact remains, however, that a member of a Commission, already aware of the facts and possibly having heard expert witnesses and given judgment, could not have the same objectivity as an ordinary expert, that is to say a specialist who approaches the problem at issue without any preconceived ideas, in order to inform the Court on a technical or scientific matter. Accordingly, the Court does not attach as much importance as it might otherwise have to the testimony of Gilles Vandry, if he had merely been an ordinary expert witness. This applies also to his fellow members of the Commission.

If the other experts, not members of the Commission, had been experts appointed by the Court, I would have no hesitation in accepting this reasoning. However, that is not the case. The other experts were engineers whose services were secured either by plaintiff Demontigny, or by other defendants having an interest opposed to that of Clamps, namely the architect and the engineers. I find it difficult to see why the opinion of experts retained

Demontigny était l'entrepreneur général par contrat à forfait. Clamps, ou plus précisément une autre société dont elle a assumé les obligations, était son sous-traitant pour l'exécution des coffrages à prix unitaire. Demontigny lui réclame les dégâts causés par l'accident en affirmant que ce sont les supports temporaires, les vérins, soutenant les coffrages qui ont cédé. En défense, tout en reprochant à l'entrepreneur principal de ne pas avoir appliqué la contrainte aux poutres de chaque dalle avant de couler la dalle supérieure, on soutient que l'écrasement est dû à la rupture de la dalle du sous-sol et non pas à l'écrasement des supports des coffrages. C'est essentiellement sur cette question de savoir qu'est-ce qui a cédé en premier lieu: la dalle du sous-sol ou les supports des coffrages, que la longue enquête faite en première instance a porté. Deux des experts cités par Clamps ont été les ingénieurs Gilles Vandry et Roger Beauchemin qui, tout de suite après l'accident, avaient agi comme membres d'une commission royale d'enquête instituée en vertu de la *Loi des Commissions d'enquête* (S.R.Q. 1941, c. 9, aujourd'hui S.R.Q. 1964., c. 11). Le juge de première instance a rejeté l'objection faite à ces témoignages en faveur de la thèse de la rupture de la dalle. Cependant, il a retenu de préférence l'opinion d'autres experts, après avoir dit:

Il reste cependant que le commissaire, déjà au courant des faits, ayant possiblement entendu des experts et ayant rendu jugement, ne saurait avoir la même objectivité qu'un expert ordinaire, c'est-à-dire le spécialiste qui aborde le problème litigieux sans idées préconçues, afin de renseigner la Cour sur une matière technique ou scientifique. Aussi la Cour n'attache-t-elle pas autant d'importance qu'elle aurait peut-être pu en accorder au témoignage de Gilles Vandry, s'il n'avait été que l'expert ordinaire. Ceci vaut pour ses collègues de la commission.

Si les experts autres que les membres de la Commission d'enquête étaient des experts commis par le tribunal, je n'aurais aucune hésitation à accepter ce raisonnement. Mais tel n'est pas le cas. Les autres experts sont des ingénieurs dont les services ont été requis, soit par la demanderesse Demontigny, soit par d'autres défendeurs ayant un intérêt opposé à celui de Clamps, c'est-à-dire l'architecte et les ingénieurs. Je vois difficilement

by the parties should be considered as offering a greater assurance of objectivity than that of members of a commission, charged by governmental authorities with inquiring into a technical problem within their specialty. How can it be suggested that they did not approach the matter without preconceived ideas, when they based their testimony only on their own findings? It is alleged that in their inquiry they heard testimony which constituted hearsay; but the fact is that more than one witness heard in Court stated that his deposition at the inquiry shortly after the accident was more accurate than that given in Court nearly five years later.

However, in view of the concurrent findings of the Courts of Quebec as to the material causes of the accident, I shall refrain from making a detailed review of the evidence in order to determine whether those findings are well-founded. In spite of the doubts which I entertain as to the criterion adopted by the trial judge in weighing the opinions of the expert witnesses, and as to the logic and scientific value of the reasoning which led him to a finding contrary to the opinion of the members of the Commission, I must admit that there is abundant evidence in support of his finding of fact which was affirmed by the Court of Appeal. This finding was that the collapse occurred from yielding of the form supports, and not from rupture of the basement slab, the latter being only a consequence of the former.

This does not dispose of the appeal, as a basic question remains, which was clearly raised in the pleadings but of which almost nothing was said. This question is: Even admitting that the collapse occurred through yielding of the form supports, should responsibility for this be attributed to the subcontractor who supplied them, or to the general contractor who overloaded them by tensioning neither the ground floor slab nor the first floor slab, before pouring the concrete for the roof slab? In the engineering reports filed in the record, the principal concern was with establishing which yielded first, the form supports or the basement slab. That was the material aspect of the accident.

comment il faudrait considérer que l'opinion d'experts retenus par une partie présente plus de garantie d'objectivité que celle de commissaires chargés par l'autorité publique de faire enquête sur un problème technique du domaine de leur spécialité. Comment peut-on insinuer qu'ils ne l'ont pas abordé sans idée préconçue alors qu'ils ont témoigné en ne se fondant que sur leurs propres constatations? Ce qu'on leur reproche c'est d'avoir entendu à leur enquête des témoignages qui constituent du oui-dire. Mais c'est un fait que plus d'un témoin cité au procès y a avoué que sa déposition à l'enquête au lendemain de l'accident, était plus exacte que celle donnée en cour près de cinq ans plus tard.

Malgré cela, en présence des conclusions concordantes des tribunaux du Québec sur ce qui a matériellement produit l'accident, je m'abstiendrai de faire une revue détaillée de la preuve pour décider si cette conclusion est bien fondée. Malgré le doute que j'entretiens sur le bien-fondé du critère adopté par le premier juge pour apprécier les opinions d'experts ainsi que sur la logique et la valeur scientifique du raisonnement qui l'a amené à conclure contrairement à l'opinion des membres de la Commission d'enquête, je dois reconnaître qu'il y a beaucoup de preuve à l'appui de l'opinion qu'il a retenue et que la Cour d'appel a endossée. Cette conclusion c'est que l'écroulement s'est produit par l'affaissement des supports des coffrages et non par la rupture de la dalle du sous-sol qui n'en a été que la conséquence.

Cela ne dispose pas du litige car il reste une question fondamentale clairement soulevée dans les plaidoiries mais dont on n'a à peu près rien dit. Cette question est la suivante: Même en admettant que l'écroulement s'est produit par l'affaissement des supports des coffrages, doit-on en imputer la responsabilité au sous-traitant qui les a fournis ou à l'entrepreneur principal qui les a surchargés en n'appliquant pas la contrainte à la dalle du rez-de-chaussée ni à celle de l'étage avant de couler le béton de la dalle du toit? Dans les rapports d'ingénieurs versés au dossier, ce dont on s'est préoccupé c'est de savoir qu'est-ce qui a cédé en premier lieu, les supports des coffrages ou la dalle du sous-sol. C'est l'aspect matériel de l'accident.

However, as this is an action in damages, what has to be determined is legal liability. To do this it must first be determined what rule must be followed in the circumstances. The *Civil Code* contains specific provisions of great importance on the question of liability of the contractor to the owner. The two most important articles are:

Art. 1684. If the workman furnish the materials, and the work is to be perfected and delivered, as a whole, at a fixed price, the loss of the thing, in any manner whatsoever, before delivery, falls upon himself, unless the loss is caused by the fault of the owner or he is in default of receiving the thing.

Art. 1688. If a building perish in whole or in part within five years, from a defect in construction, or even from the unfavourable nature of the ground, the architect superintending the work, and the builder are jointly and severally liable for the loss.

Under the first of these provisions, Demontigny was clearly liable to the owner, namely the provincial government, for the loss. What of the liability of the subcontractor to Demontigny? Should we merely apply the ordinary contractual rule, by which damages are only due for breach of the contractual obligations (Art. 1065 C.C.)—the rule being that exceptional provisions apply only to the cases expressly mentioned. Should a distinction be made between the case of a subcontractor, who takes the place of the general contractor, and assumes his obligations, either for the entire job or an identifiable part of it, and one who only undertakes to assist in performing the work? There is not a great deal of judicial authority on this point. Besides two judgments of the Superior Court, which refused to allow the principal contractor to rely, as against the subcontractor, on the principle of art. 1688 C.C. (*Audette v. Guérard & Guérin*²; *A. Cohen and Co. Inc. v. Industries Brandon Limitée*³), there is a recent decision of the Court of Appeal (*J. A. Y. Bouchard Inc. v. Gagnon*)⁴, in which it held that the Court should apply, in

Cependant, comme il s'agit d'une poursuite en dommages-intérêts, ce qu'il importe de déterminer c'est la responsabilité juridique. Pour cela, il faut rechercher en premier lieu la règle à suivre en la matière. On trouve au *Code civil* des dispositions spéciales de grande importance au sujet de la responsabilité de l'entrepreneur envers le propriétaire. Les deux articles les plus importants sont:

Art. 1684. Si l'ouvrier fournit la matière et se charge de faire tout l'ouvrage et le rendre parfait pour un prix fixé, la perte, de quelque manière qu'elle arrive avant la délivrance, tombe sur lui, à moins que cette perte ne soit causée par le propriétaire ou qu'il ne soit en demeure de recevoir la chose.

Art. 1688. Si l'édifice périt en tout ou en partie dans les cinq ans, par le vice de la construction ou même par le vice du sol, l'architecte qui surveille l'ouvrage et l'entrepreneur sont responsables de la perte conjointement et solidairement.

En vertu de la première de ces dispositions, Demontigny était évidemment responsable de la perte envers le propriétaire, c'est-à-dire le Gouvernement provincial. Qu'en est-il du sous-traitant envers lui? Faut-il s'en tenir à la règle ordinaire des contrats selon laquelle des dommages ne sont dus que pour contravention aux obligations qui en découlent (art. 1065 C.c.), la règle étant que les dispositions d'exception ne s'appliquent qu'aux cas explicitement prévus. Faut-il faire une distinction entre le cas du sous-traitant qui se substitue à l'entrepreneur général et qui en assume les obligations, soit pour l'ouvrage entier ou pour une partie distincte, et celui qui ne fait que s'engager à coopérer à l'exécution de l'ouvrage. Sur cette question, on ne trouve pas grand-chose dans la jurisprudence. A la suite de deux jugements de la Cour supérieure qui ont refusé de permettre à l'entrepreneur principal d'invoquer envers le sous-traitant le principe de l'art. 1688 C.c. (*Audette c. Guérard & Guérin*²; *A. Cohen and Co. Inc. c. Industries Brandon Limitée*³), on trouve un arrêt récent de la Cour d'appel (*J. A. Y. Bouchard Inc. c. Gagnon*)⁴,

² (1912), 42 Que. S.C. 14.

³ [1959] Que. S.C. 63.

⁴ [1968] Que. Q.B. 803.

² (1912), 42 C.S. 14.

³ [1959] C.S. 63.

⁴ [1968] B.R. 803.

favour of the general contractor against his subcontractor for installation of a heating system, the principles applicable to the owner's remedy against the principal contractor, as they were stated in the decision of this Court in *Hill, Clarke-Francis Ltd. v. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*⁵ In that case Taschereau J. formulated the rule as follows (at p. 445): (as translated in [1941] 4 D.L.R. 314 at p. 321)

There is no doubt, therefore, that the owner of the building is not bound to prove fault on the part of the builder when the work was done by contract, but that the latter can free himself from responsibility by proving that the damage is due to either *force majeure*, an Act of God, the fault of the owner or the act of a third party.

Without deciding whether this statement must necessarily be applied in the same way between contractor and subcontractor, it may certainly be said that the latter must at least be entitled to raise those grounds of defence against the contractor. Of those grounds, the one that must be considered here is the fault of the contractor himself. It is established beyond any doubt that the act leading to the accident was the failure of the principal contractor to tension, or cause to be tensioned, the cables of the beams in either the ground floor slab, or the first floor slab, before pouring the concrete for the roof slab. The principal contractor was responsible for this omission. He had the responsibility for co-ordinating operations. It was he who decided, without consulting Clamps, to pour the concrete on all slabs before tensioning, contrary to what was originally intended: this was established beyond question.

It was also clearly established that this was the cause of the damage. No one disputed that it had the effect of putting onto the basement slab and the form supports the entire weight of the three upper slabs, and not the weight of one slab only. Gilles Demontigny, an engineer and secretary of the Demontigny company, stated:

où elle a statué qu'il y a lieu d'appliquer, en faveur d'un entrepreneur général contre son sous-traitant pour l'installation d'un système de chauffage, les principes applicables au recours du propriétaire contre l'entrepreneur principal comme ils sont énoncés dans l'arrêt de cette cour *Hill, Clarke-Francis Ltd. c. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*⁵ Dans cette affaire-là, M. le juge Taschereau a formulé la règle comme suit (à p. 445):

Il n'y a donc pas de doute que le propriétaire de l'immeuble n'a pas besoin de prouver la faute du constructeur lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise, mais qu'il appartient à celui-ci de se libérer de sa responsabilité en prouvant que le dommage est attribuable soit, à la force majeure, à un cas fortuit, à la faute du propriétaire, ou à l'acte d'un tiers.

Sans décider si cet énoncé doit nécessairement s'appliquer de la même manière entre entrepreneur et sous-traitant, on peut affirmer sans risque d'erreur que ce dernier doit au moins pouvoir opposer à l'entrepreneur les moyens de défense qui y sont mentionnés. De ces moyens-là, celui qu'il importe de considérer ici c'est la faute de l'entrepreneur lui-même. En effet, il est établi de façon indiscutable que le fait à l'origine de l'accident, c'est que l'entrepreneur principal n'a pas appliqué ou fait appliquer la contrainte aux câbles des poutres de la dalle du rez-de-chaussée ni à ceux de la dalle de l'étage avant de couler le béton de la dalle du toit. Cette omission, elle est le fait de l'entrepreneur principal. C'est lui qui était responsable de la coordination des travaux. C'est lui qui, sans consulter Clamps, a pris la décision de couler le béton de toutes les dalles avant d'appliquer la contrainte, contrairement à ce qui avait été prévu à l'origine, cela est indiscutable.

Il est également incontestable que ce fait est à l'origine du dommage. En effet, personne n'a contesté que cela avait pour conséquence de faire porter à la dalle du sous-sol et aux supports de coffrages toute la charge des trois dalles supérieures et non pas le poids d'une seule. Gilles Demontigny, ingénieur, secrétaire de la société Demontigny, a dit:

⁵ [1941] S.C.R. 437.

⁵ [1941] R.C.S. 437.

[TRANSLATION] ... If we had worked upwards, the pretensioning on the ground floor slab could have been—the start of pre-tensioning on the ground floor slab could have been made fifteen (15) days after March 28, about fifteen (15) days after March 28; as soon as it was seen from the concrete tests that would have been made that the concrete had attained four thousand (4,000) pounds, we could have started pre-tensioning on the slab. Before the concrete could attain the required four thousand (4,000) pounds, which the engineers required of us, at least fifteen (15) to eighteen (18) days were required. Now, fifteen (15) or eighteen (18) days after the slab was poured, pre-tensioning on a slab itself could have been started; pre-tensioning on a slab like that may take about a week, a week and a half, it may be as much as two (2) weeks, with the concrete grout that must be placed in each sleeve. Then, other slabs would have been prepared in due course. The same thing would have been done after the concrete had attained its four thousand (4,000) pounds. Now, by starting the pre-tensioning with the roof instead of with the ground floor—all the concrete would have been placed in our slabs, and would have been held up by the supports and forms of Concrete Column Clamps, and once the roof concrete had attained four thousand (4,000) pounds, about fifteen days after April 21, pre-tensioning would immediately have started, fifteen (15) days after the 21st, on the roof, and once the pre-tensioning on the roof was done, the forms going from the first floor to the roof would have been removed, and pre-tensioning would have been done on the first floor; once the pre-tensioning was complete, the forms below would have been removed, and work would have started on the next slab.

The trial judge, for his part, said:

When the accident took place pre-tensioning on the three upper slabs had not started, so that the basement slab was supporting 345 lbs./sq. ft., the base of the columns four thousand (4,000) lbs./sq. ft., and the base of the walls, one thousand (1,000) lbs./sq. ft. On these figures the experts were agreed.

Once pre-tensioning on the upper slabs was completed, the major portion of their weight would have rested on the base of the walls, while the column bases would have borne a little more than the actual weight of the basement slab.

To this it should be added that the load of 345 lbs./sq. ft. on the basement slab was nearly three times the design load of that slab, which was only 125 or 128 lbs./sq. ft.; all the expert witnesses

... Si on avait procédé de bas en haut, la précontrainte sur la dalle du rez-de-chaussée aurait pu, le début de la précontrainte sur la dalle du rez-de-chaussée aurait pu être faite quinze (15) jours après le 28 mars, environ quinze (15) jours après le 28 mars du moment qu'on aurait vu que d'après les tests de béton qu'on aurait pris puisque le béton aurait atteint quatre mille (4,000) livres, on aurait pu commencer à faire la précontrainte sur la dalle. Puis ça avant que le béton puisse atteindre le quatre mille (4,000) livres désiré et que les ingénieurs nous demandaient, ça prenait au moins quinze (15) à dix-huit (18) jours. Maintenant, après quinze (15) ou dix-huit (18) jours que la dalle aurait été coulée, on aurait pu commencer la précontrainte sur la dalle elle-même; faire le précontraint sur une dalle comme ça peut prendre environ une semaine, une semaine et demie, ça peut aller jusqu'à deux (2) semaines avec le coulis du béton qu'il y a à introduire dans chaque gaine. Par la suite, on aurait préparé d'autres dalles. On aurait fait la même chose après que le béton aurait atteint son quatre mille (4,000) livres. Maintenant en procédant la précontrainte par le toit au lieu de commencer par le rez-de-chaussée, c'est qu'on aurait eu tout le béton, le béton aurait été placé dans nos dalles et aurait été soutenu par les supports et les coffrages de Concrete Column Clamps et une fois que le béton du toit aurait atteint quatre mille (4,000) livres une quinzaine de jours après le 21 avril, on aurait immédiatement commencé à faire la précontrainte, quinze (15) jours après le 21, sur le toit et une fois que la précontrainte sur le toit aurait été faite, on aurait enlevé les coffrages qui vont de l'étage au toit et là on aurait fait la précontrainte sur l'étage et une fois que la précontrainte aurait été terminée, on aurait enlevé les coffrages d'en dessous et on aurait procédé avec l'autre dalle.

De son côté, le premier juge dit:

Lors de l'accident, la précontrainte des trois dalles supérieures n'était pas commencée, de sorte que la dalle du sous-sol portait 345 livres au pied carré, les empattements des colonnes, quatre mille livres (4,000) au pied carré, et les empattements des murs, mille livres (1,000) au pied carré. Sur ces chiffres, les experts s'accordent.

Une fois terminée la précontrainte des dalles supérieures, la majeure partie de leur poids aurait porté sur les empattements des murs, tandis que les empattements des colonnes auraient porté un peu plus que le poids propre de la dalle du sous-sol.

A cela il faut ajouter que la charge de 345 livres au pied carré sur la dalle du sous-sol était près de trois fois la charge de service de cette dalle qui n'était que de 125 ou 128 livres au pied carré, tous

agreed on that. In a report made to Demontigny by The Warnock Hersey Company Ltd., and filed as Exhibit P-28 there are, on p. 5, calculations for the basement slab:

safe superload—128 p.s.f.

It is true that in the same report the rupture load is estimated at 500 lbs./sq. ft., and it was concluded from this that the overload was not sufficient to cause the collapse. It is this latter point on which the expert testimony disagrees. However, even admitting that the safety factor of the basement slab and its supports was large enough that the overload did not cause them to rupture, does this mean that the overload was not a negligent act? Does this mean that the principal contractor, who is responsible for having imposed it, can blame the subcontractor for not having prevented the consequential damage? In my view, this is the real question in the case at bar.

On behalf of Demontigny it was argued that the subcontractor had an absolute obligation. But this is equally true of the contractor with respect to the owner, and does not prevent him from avoiding liability by showing that the damage was due to the fault of the owner. The question then is whether the failure to tension the beams of the lower slabs was a contractual or quasi-delictual fault.

To answer this question it should be noted, first, that the "General Conditions" of the principal contract contain the following clause:

[TRANSLATION] 33. OVERLOADING

No part of the structure shall be overloaded with a weight greater than that contemplated and calculated for such structure. If the contractor applies an overload and an accident occurs, he shall be held liable.

Any temporary support shall be as resistant as if it were meant to be permanent.

No load shall be placed on the fire proof floor before it is completely hardened.

Then, in clause 7 under the heading of pre-tensioned concrete, it is provided that the pre-tensioning shall be applied about 18 days after the

les experts sont d'accord là-dessus. Dans un rapport fait à Demontigny par The Warnock Hersey Company Ltd. et produit comme pièce P-28, on lit à la p. 5 des calculs pour la dalle du sous-sol:

«safe superload—128 p.s.f.»

Il est vrai que dans ce même rapport on estime la charge de rupture à 500 livres au pied carré, ce dont on conclut que la surcharge était insuffisante pour provoquer l'écroulement. C'est sur ce dernier point qu'il y a conflit entre les opinions d'experts. Mais, même en admettant que le facteur de sécurité de la dalle du sous-sol et de ses supports était suffisant pour que la surcharge n'en entraîne pas la rupture, cela veut-il dire que la surcharge n'était pas une faute? Cela veut-il dire que l'entrepreneur principal qui est responsable de l'avoir imposée est recevable à reprocher au sous-traitant de n'en avoir pas empêché les conséquences dommageables? Voilà, à mon avis, la vraie question en la présente cause.

De la part de Demontigny, on dit que le sous-traitant avait une obligation de résultat. Mais tel est sûrement le cas d'un entrepreneur envers le propriétaire et cependant, cela ne l'empêche pas d'éviter la responsabilité en prouvant que le dommage est attribuable à la faute du propriétaire. Il faut donc se demander si le fait de n'avoir pas appliqué la contrainte aux poutres des dalles inférieures est une faute contractuelle ou quasi-délictuelle.

Pour répondre à cette question, je noterai d'abord qu'on trouve dans les «conditions générales» du contrat principal la clause suivante:

33. SURCHARGE

Aucune partie de la structure ne sera surchargée d'un poids plus grand que celui prévu et calculé pour une telle structure. Si l'entrepreneur appose une surcharge et s'il survient un accident, il sera tenu responsable.

Tout support temporaire sera aussi résistant que s'il devait être permanent.

Aucune charge ne sera posée sur le plancher fait à l'épreuve du feu avant sa terminaison et prise complète.

Ensuite, à la clause 7 du chapitre du béton précontraint, il est prévu que la précontrainte sera appliquée environ 18 jours après la coulée. Enfin,

pouring. Finally, no one said that good practice did not require that the tension be applied upwards, to each of the slabs in turn, as was intended according to the testimony of the first supervisor of the work, Lucien Bélanger, who said:

[TRANSLATION] In Mr. Demontigny's office, which was a trailer at the time, in the trailer which was being used as Mr. Demontigny's office, mention was made in my presence only once of the fact that the pretensioning was to be applied upwards.

Then, we must consider what obligation Clamps assumed under its contract. The work for which it was responsible is described as follows:

[TRANSLATION] To furnish labour, equipment, materials and everything required for complete construction of the forms, the whole at a unit price as follows:

To furnish, erect and dismantle all forms necessary for standard slabs between the beams, and furnish supports required in connection with laying of the concrete.

All work to be at the applicable elevation

Standard slabs at 0.25/sq. ft.

Hung slabs for boiler room at 0.30/sq. ft. of surface

Hung curved slabs for chapel at 0.75/sq. ft. of surface

Standard column at 3.50/column

Walls: to furnish, erect and dismantle all necessary forms, tie rods, and so forth, between pilasters (unit price 0.29/sq. ft. of surface)

all applicable taxes included

Did this contract place on the subcontractor an obligation to furnish sufficient supports under the ground floor slab to bear the load of not one but three slabs? To answer this question I will quote from the testimony of Gilles Demontigny, an engineer and secretary of the company:

[TRANSLATION] The fact of proceeding with the three (3) slabs without applying tension which holds up the three (3) slabs, one immediately after the other, is something that . . . that our forms subcontractor is not in the habit of doing. What they ordinarily do—is that there are only two (2) slabs supported simultaneously, whereas there, under the basement slab, supports, jacks, were left to hold up the basement slab. They had jacks which went from the basement to the ground floor, and they had jacks from the ground floor to the first floor,

personne n'a soutenu qu'une bonne technique n'exigeait pas que la contrainte soit appliquée de bas en haut à chacune des dalles successivement, comme cela avait été prévu d'après le témoignage du premier surveillant des travaux, Lucien Bélanger, qui dit:

Dans le bureau de monsieur Demontigny qui était une roulotte dans le temps dans la roulotte qui servait de bureau à monsieur Demontigny, il en avait été question une seule fois en ma présence que le précontraint devait se faire de bas en haut.

Il convient ensuite de considérer quelle était l'obligation assumée par Clamps suivant son contrat. Les travaux dont il s'est chargé y sont décrits comme suit:

Pour fournir la main-d'œuvre, l'outillage, les matériaux et tout ce qui est requis pour l'entière exécution des coffrages, le tout au prix unitaire comme suit:

Pour fournir, ériger et décoffrer toutes formes nécessaires pour les dalles régulières entre les poutres, et fournir les supports requis en rapport avec le placement du béton.

Tout le travail à être fait à l'élévation requise

Dalles régulières à 0.25 le pied carré

Dalles suspendues de chaufferie à 0.30¢ le pied carré de surface

Dalles suspendues courbées de la chapelle à 0.75¢ le pied carré de surface

Colonne régulière à 3.50 colonne

Murs: fournir, ériger et décoffrer toutes les formes nécessaires «tie rod» etc. entre les pilastres (Prix unitaire 0.29¢ pied carré de surface)

toutes taxes applicables incluses

Ce contrat imposait-il au sous-traitant l'obligation de fournir sous la dalle du rez-de-chaussée des supports suffisants pour porter la charge non pas d'une mais de trois dalles? Pour répondre à cette question, je donnerai la parole à Gilles Demontigny, ingénieur, secrétaire de la société:

Le fait de procéder avec les trois (3) dalles sans mettre la tension dessus et qui supporte les trois (3) dalles, immédiatement une après l'autre, c'est une chose que le . . . que notre sous-traitant en coffrage n'a pas l'habitude de faire. Le plus souvent qu'est-ce qu'ils font, c'est qu'il n'y a que seulement que deux (2) dalles qui sont supportées en même temps tandis que là on avait laissé en dessous de la dalle du sous-sol, on avait laissé des supports, des vérins, pour soutenir la dalle du sous-sol. On avait des vérins qui partaient du sous-sol qui allaient

and from the first floor to the roof, something which experts on forms do not ordinarily do. They keep only two (2) floors on ordinary reinforced concrete, two (2) floors which still have supports. . . .

When the pre-tensioning is done upwards, they remove the supports immediately after the pre-tensioning is applied.

To this must be added what the engineer Maurice Décarie, then general manager of Demontigny, told the Court concerning what occurred during the reconstruction:

[TRANSLATION] The intention of the general contractor was to apply pre-tensioning downwards after the collapse, and the subcontractor Concrete Column objected to this method, and in view of the objection of the subcontractor we thought it best to proceed upwards. They objected in writing to that method. So, in view of the subcontractor's objection, we thought it best to proceed upwards.

It was established beyond question that the decision to apply tension only after the three slabs above the basement were poured was taken without the subcontractor being consulted. No mention of it was made in the "Site meeting minutes" drafted by Demontigny, and the latter did not inform Clamps of it by letter or otherwise.

On behalf of Demontigny it was argued that, even if the subcontractor was never informed that the tensioning would be applied upwards, it could not have been unaware of this, since its foreman and workmen could see that the tensioning cables were not taut. However, these facts were not thereby brought to the attention of representatives of the subcontractor who were authorized to contract on its behalf, or who might have reasonably been assumed to be authorized to act for it. The obligation to place sufficient supports under the forms of the ground floor slab to bear the load of two other slabs over that slab is manifestly more onerous than what could have been foreseen when entering into the contract. All the evidence indicates that the number of supports necessary is calculated according to the load that each can bear, and as we have seen, supports are ordinarily provided only for two slabs at a time. Also, it could not reasonably be assumed that the foreman and workmen of the subcontractor, who had previously made forms

au rez-de-chaussée et on avait des vérins du rez-de-chaussée à l'étage et de l'étage au toit, chose qu'habituellement l'expert en coffrage ne fait pas. Il garde seulement deux (2) étages sur les bétons armés ordinaires, deux (2) étages qui gardent les supports. . . .

Quand le précontraint se fait de bas en haut, il enlève les supports immédiatement après que la précontrainte est faite.

A cela, il faut ajouter ce que l'ingénieur Maurice Décarie, alors gérant général de Demontigny, nous apprend sur ce qui s'est passé lors de la reconstruction:

L'intention de l'entrepreneur général était de faire la précontrainte du haut vers le bas après l'effondrement, et le sous-traitant Concrete Column s'est objectée à cette méthode-là et vu l'objection du sous-traitant nous avons cru bon de procéder de bas vers le haut. S'est objectée par lettre à cette méthode-là. Et vu l'objection du sous-traitant, nous avons cru bon de procéder de bas vers le haut.

Il est prouvé sans conteste que la décision de n'appliquer la contrainte qu'après la coulée des trois dalles au-dessus du sous-sol a été prise sans que le sous-traitant soit consulté. Il n'en a pas été fait mention dans les «Minutes d'assemblée au chantier» rédigées par Demontigny et celui-ci n'en a pas informé Clamps par lettre ou autrement.

De la part de Demontigny, on a soutenu que le sous-traitant même s'il n'a jamais été prévenu que la contrainte ne serait pas appliquée de bas en haut, ne pouvait ignorer le fait puisque son contre-maître et ses ouvriers pouvaient voir que les câbles de contrainte n'étaient pas tendus. Mais ces faits n'ont pas été ainsi portés à la connaissance des représentants du sous-traitant qui avaient le pouvoir de contracter en son nom ou que l'on pouvait raisonnablement croire autorisés à contracter pour lui. L'obligation de placer sous les coffrages de la dalle du rez-de-chaussée des supports suffisants pour porter la charge de deux autres dalles au-dessus de cette dalle-là est manifestement plus onéreuse que ce qu'il a pu envisager en contractant. Tous les témoignages font voir que l'on calcule le nombre de supports nécessaires suivant la charge que chacun peut porter et comme on l'a vu, on ne prévoit normalement des supports que pour deux dalles à la fois. Ensuite, on ne peut pas raisonnablement penser que le contre-maître et les ouvriers

for construction in ordinary reinforced concrete only, were in a position to understand and fully appreciate the consequences of a lack of tension on the cables. The following is a revealing extract from the testimony of Maurice Décarie, an engineer and then general manager for Demontigny:

[TRANSLATION] Q. Now, Mr. Décarie, were there any outward indications making the method chosen apparent? Could someone familiar with the matter observe at some point that the pre-tensioning was being done from the top rather than from the bottom?

A. Outward indications—I do not think you could say from looking at the structure, that you could say whether the tensioning was done from the top or from the bottom.

Q. You don't think so?

A. No.

Q. There were no outward indications that would show to someone familiar with the matter which method had been selected?

A. Well, to someone qualified, certainly there were outward indications. To a layman there would not be any. To a qualified person, the cables were visible, and at the ends of the sleeves, to a person who understands pretensioning methods, certainly, it was easy from looking at the structure to tell whether the pre-tensioning had been done or not.

Moreover, the fact that the tensioning had not been applied was apparent from outward indications only after the concrete of the first slab had hardened. Therefore, this fact was not known to Clamps' employees at the critical time, that is when they were setting up the supports under the first slab, those which are said to have yielded. The argument of knowledge acquired from an obvious fact is therefore illfounded.

It should also be noted that the evidence was that it is not usual to make detailed calculations of resistance for form supports as is done for a permanent structure.

In my view, in undertaking to provide forms and supports as it did, the subcontractor Clamps assumed an obligation conditioned by the provisions of the specifications and workmanship prac-

du sous-traitant qui n'avaient jamais fait de coffrages que pour des structures en béton armé ordinaire, étaient en mesure de comprendre et d'apprécier pleinement les conséquences de l'absence de contrainte sur les câbles. Voici un extrait révélateur du témoignage de Maurice Décarie, ingénieur, alors gérant général de Demontigny:

Q. Maintenant, monsieur Décarie, la méthode qui a été choisie, se manifeste-t-elle par des signes extérieurs? Quelqu'un qui s'y connaît peut-il constater un bon moment, qu'on procède en faisant la précontrainte par le haut plutôt que par le bas?

R. Les signes extérieurs, je ne crois pas qu'on puisse dire en voyant la structure, qu'on peut dire si la contrainte se fait par le haut ou par le bas.

Q. Vous ne pensez pas.

R. Non.

Q. Il n'y a pas de signes extérieurs qui peuvent manifester à quelqu'un qui s'y connaît le choix de cette méthode.

R. Ah! si pour quelqu'un de qualifié, certainement qu'il y a des signes extérieurs. Pour un profane il n'y en aurait pas. Pour quelqu'un qualifié, les câbles sont visibles et aux extrémités des gaines, pour une personne qui est au courant des méthodes de précontraintes, il est sûr qu'en voyant la structure il est facile de constater si la précontrainte a été faite ou non.

Au reste, le fait que la contrainte n'était pas appliquée se manifestait par des signes extérieurs seulement après le durcissement du béton de la première dalle. Ce fait n'était donc pas à la connaissance des employés de Clamps au moment critique, c'est-à-dire à l'époque où ils mettaient en place les supports de la première dalle, ceux que l'on dit avoir cédé. L'argument de la connaissance acquise par le fait apparent porte donc à faux.

Notons aussi que la preuve est à l'effet que, pour les supports des coffrages, ce n'est pas l'usage de procéder à des calculs détaillés de résistance comme on le fait pour une charpente permanente.

A mon avis, en s'engageant comme il l'a fait à fournir les coffrages et leurs supports, le sous-traitant Clamps a contracté une obligation conditionnée par les dispositions du devis et les règles de la

tice. The following provisions are found in cl. 5 of the subcontract:

[TRANSLATION] The plans and specifications forming part of the documents of the contract between the Owner and the Contractor shall be binding on the Subcontractor with respect to all matters pertaining to the work described in this subcontract and the general conditions of the contract between the Contractor and the Owner shall be binding on the Contractor and the Subcontractor in so far as they are applicable to this subcontract. . . .

What this means is that the principal contractor was under an obligation to the subcontractor not to put an overload beyond the design load. There would have been no overload if tension had been applied to each slab before pouring concrete for the slab above. This was demonstrated in the reconstruction, and in not insisting after a refusal, Demontigny implicitly admitted that the subcontractor was not obliged to furnish supports capable of bearing the weight of three slabs.

I do not think the slightest importance should be attached to the evidence that certain supports or jacks were defective. For that to affect the outcome of the case, it would have been necessary to show that those defects would have brought about the collapse of the structure without the overload resulting from the failure to tension cables on the lower slabs. The evidence was to the contrary: the failure only occurred as pouring the third slab was ending.

In short, in my opinion, the true cause of the collapse was the overload imposed through the fault of the principal contractor, plaintiff-appellant Demontigny, and hence it cannot recover the resulting damages, even though the form supports were what yielded first, not the basement slab. In my view the subcontractor, appellant Clamps, was under no obligation to furnish supports capable of withstanding this overload, of which it was not forewarned, and which it was not obliged to foresee.

technique. On trouve à l'art. 5 du sous-contrat, les dispositions suivantes:

Les plans et devis qui font partie des documents du contrat passé entre le Propriétaire et l'Entrepreneur lieront, engageront et obligeront le Sous-Traitant quant à tout ce qui s'y rapporte aux travaux mentionnés dans le présent contrat d'entreprise en seconde main, et les conditions générales du contrat passé entre l'Entrepreneur et le Propriétaire lieront, engageront et obligeront l'Entrepreneur et le Sous-Traitant en autant qu'elles sont applicables au présent contrat d'entreprise en seconde main . . .

Cela veut donc dire qu'envers le sous-traitant l'entrepreneur principal avait l'obligation de ne pas imposer de surcharge au-delà de ce qui était prévu. Il n'y aurait pas eu de surcharge si la contrainte avait été appliquée à chaque dalle avant la coulée du béton de la dalle supérieure. L'expérience l'a d'ailleurs démontré lors de la reconstruction et Demontigny a implicitement admis que le sous-traitant n'était pas obligé de fournir des supports capables de porter la charge de trois dalles à la fois, en renonçant à l'exiger en face d'un refus.

Il ne me paraît pas qu'il y ait lieu d'attacher la moindre importance à la preuve que certains supports ou vérins étaient défectueux. Pour que cela puisse influencer sur le sort de la cause, il aurait fallu démontrer que ces défauts auraient entraîné la chute de la charpente en construction même sans la surcharge découlant de l'absence de contrainte sur les câbles des premières dalles. L'expérience a démontré le contraire, la rupture ne s'est produite qu'à la fin de la coulée de la troisième dalle.

En définitive, à mon avis, la vraie cause de l'écroulement c'est la surcharge imposée par la faute de l'entrepreneur principal, le demandeur-appelant Demontigny, et par conséquent, il ne peut recouvrer les dommages qui en sont découlés même si ce qui a cédé en premier lieu ce sont les supports des coffrages, et non pas la dalle du sous-sol. A mon avis, le sous-traitant, l'appelante Clamps, n'avait pas l'obligation de fournir des supports capables de résister à cette surcharge dont elle n'a pas été prévenue et qu'elle n'était pas obligée de prévoir.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and dismiss the action with costs throughout.

Appeal allowed with costs in all Courts.

Solicitors for the defendant, appellant: Wood & Aaron, Montreal.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Girouard, Beaumier, Richard & Roberge, Trois-Rivières.

Solicitors for the mis en cause: Amyot, Lesage & Associates, Quebec.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel et rejetterais l'action avec dépens dans toutes les Cours.

Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les Cours.

Procureurs de la défenderesse, appelante: Wood & Aaron, Montréal.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Girouard, Beaumier, Richard & Roberge, Trois-Rivières.

Procureurs des mis en cause: Amyot, Lesage, & associés, Québec.

Burton Parsons Chemicals, Inc. and Burton Parsons and Company of Canada, Limited
(*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Hewlett-Packard (Canada) Ltd. and X-Ray and Radium Limited (*Defendants*)
Respondents.

1974: November 6, 7 and 12; 1974: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents—Validity—Reissue—Conductive cream for skin contact electrodes not a medicine—Interpretation of specification and claims in light of knowledge of man skilled in the art—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 36(1) and 41(1).

Appellants were reissued their patent for a conductive cream to be used in making electro-cardiograms and the like. The patented substance is composed of an aqueous emulsion containing sufficient highly ionizable salt to provide good electrical conductivity. An action to impeach the initial patent was instituted by defendants on the grounds that some claims were broad enough to include also colloid dispersions, the use of which for such purposes was anticipated in a prior patent issued to one Jensen. For this reason the petition for reissue admitted that the inventor had inadvertently failed to revise the claims and included the addition of product claims. Unknown to defendants, this application was allowed by the Commissioner of Patents. They then instituted these proceedings. Defendants contend that the patent was invalid and could not be reissued, that the petition for reissue contained untrue statements and that the product claims were invalidated by s. 41(1) of the *Patent Act*. The Federal Court of Appeal reversed the judgment rendered in the Trial Division which upheld the reissued patent, holding that the claims in issue included claims that would not work and were therefore invalid. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

Burton Parsons Chemicals, Inc. et Burton Parsons and Company of Canada, Limited
(*Demandereses*) *Appelantes*;

et

Hewlett-Packard (Canada) Ltd. and X-Ray and Radium Limited (*Défenderesses*)
Intimées.

1974: les 6, 7 et 12 novembre; 1974: le 19 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Validité — Redélivrance — Crème conductrice pour électrodes sur la peau non destinée à la médication—Interprétation du mémoire descriptif et des revendications en fonction des connaissances d'un homme de l'art—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, c. P.-4, art. 36(1) et 41(1).

Les appelantes se sont fait redélivrer leur brevet concernant une crème conductrice d'électricité servant à la prise d'électrocardiogrammes et d'autres examens semblables. La substance brevetée se compose d'une émulsion aqueuse qui contient suffisamment de sel très ionisable pour assurer une bonne conductibilité électrique. Une action en contestation du brevet initial avait été intentée par les intimées parce que certaines des revendications étaient suffisamment générales pour inclure des «dispersions colloïdales» dont l'utilisation à de telles fins avait été envisagée dans un brevet antérieur délivré à un nommé Jensen. C'est pourquoi la requête en redélivrance reconnaissait que l'inventeur avait omis par inadvertance de modifier les revendications, et comportait l'addition de revendications de produit. Le commissaire des brevets a accueilli cette demande à l'insu des intimées. Celles-ci ont alors institué les présentes procédures. Les intimées prétendent que le brevet était invalide et ne pouvait être redélivré, que la requête en redélivrance contenait de fausses déclarations et que les revendications du produit sont invalides en raison de l'art. 41(1) de la *Loi sur les brevets*. La Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement rendu en Division de première instance qui confirmait la redélivrance du brevet; elle a conclu qu'au nombre des revendications, certaines visent l'emploi de substances impropres à cette utilisation et sont par conséquent invalides. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

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 the art and the knowledge such a man is expected to possess is to be taken into consideration. To such a man it must be obvious that a cream for use with skin contact electrodes is not to be made up with ingredients that are toxic or irritating, or are apt to stain or discolour the skin. The invention relates to a mixture of no fixed composition. The essential is to combine a highly ionizable salt with an aqueous emulsion. If the patent is to have a practical value, it must cover all the emulsions and salts which can yield the desirable result, excluding only such substances as are not compatible with normal human skin. The characteristics of suitable emulsions and of suitable salts are well known and the avoidance of unsuitable salts due to their known noxious properties is similarly nothing but the application of the proper knowledge to be expected from a man skilled in the art.

As for the content of the petition for reissue, what is important is that the good faith of the inventor is not challenged and it is not seriously disputed that the initial patent disclosed the same invention as the reissued patent.

As for the cream, it is not intended for medicine within the meaning of s. 41(1) of the *Patent Act* and no evidence to the contrary was submitted.

Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd. (1952), 69 R.P.C. 81; *Société des usines chimiques Rhône-Poulenc v. Jules R. Gilbert Ltd.*, [1968] S.C.R. 950; *Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] S.C.R. 604, distinguished. *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst A.G.*, [1964] S.C.R. 49; *Sandoz Patents Ltd. v. Gilcross Ltd.* (1973), 8 C.P.R. (2d) 210; *Northern Electric Co. Ltd. v. Photo Sound Corpn.*, [1936] S.C.R. 649; *Tennessee Eastman v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ reversing a judgment of the Trial Division upholding a reissued patent. Appeal allowed.

D. J. Wright, Q.C., and *D. N. Plumley*, for the plaintiffs, appellants.

¹ [1973] F.C. 405.

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 homme de l'art, et en tenant compte également du savoir que cet homme est censé posséder. Il doit être évident pour l'homme de l'art, qu'une crème à utiliser avec des électrodes de contact avec la peau ne peut pas être composée d'éléments qui seraient toxiques, irritants ou susceptibles de tacher ou de décolorer la peau. L'invention a trait à un mélange qui n'a aucune composition bien arrêtée. L'essentiel consiste à combiner un sel très ionisable avec une émulsion aqueuse. Pour avoir quelque valeur en pratique, le brevet doit englober toutes les émulsions et tous les sels qui peuvent produire les résultats voulus, en excluant uniquement les produits incompatibles avec la peau humaine normale. Les propriétés des émulsions et des sels appropriés sont bien connues et l'élimination des sels inappropriés en raison de leur nocivité notoire ne représente rien de plus que l'application des connaissances que possède normalement l'homme de l'art.

Quant au contenu de la requête en redélivrance, ce qui importe, c'est que la bonne foi de l'inventeur ne soit pas mise en doute; il n'est pas contesté sérieusement que le brevet initial divulguait la même invention que le brevet redélivré.

Quant à la crème, elle n'est pas destinée à la médication au sens de l'art. 41(1) de la *Loi des brevets* et aucune preuve du contraire n'a été soumise.

Distinction avec les arrêts: *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.* (1952), 69 R.P.C. 81; *Société des usines chimiques Rhône-Poulenc c. Jules R. Gilbert Ltd.*, [1968] R.C.S. 950; *Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning c. Le commissaire des brevets*, [1966] R.C.S. 604. Arrêts mentionnés: *Le commissaire des brevets c. Farbwerke Hoechst A.G.*, [1964] R.C.S. 49; *Sandoz Patents Ltd. v. Gilcross Ltd.* (1973), 8 C.P.R. (2d) 210; *Northern Electric Co. Ltd. c. Photo Sound Corpn.*, [1936] R.C.S. 649; *Tennessee Eastman c. Le commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel fédérale¹ infirmant un jugement rendu en Division de première instance, lequel confirmait la redélivrance d'un brevet. Appel accueilli.

D. J. Wright, c.r., et *D. N. Plumley*, pour les demandereses, appelantes.

¹ [1973] C.F. 405.

D. F. Sim Q.C., and *R. T. Hughes*, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal is from a judgment of the Federal Court of Appeal reversing a judgment of the Associate Chief Justice sitting in the Trial Division. The judgment at trial had allowed the action of the plaintiffs, appellants in this Court (“Burton Parsons”), upheld their reissued patent and found the defendants-respondents (“Hewlett-Packard”) liable for infringement.

The patent in suit is for a conductive cream to be used in making electro-cardiograms, electro-encephalograms and the like, it also covers the process of making such a cream. For satisfactory readings, it is necessary to have a good electrical contact between the machine’s electrodes and the parts of the human body on which they are applied. To that end it is usually necessary to apply some conductive substance to the skin. Prior to the invention, most substances used had disagreeable characteristics. An abrasive pumice powder was generally incorporated into a kind of paste which was rubbed on the skin and also required cleansing after the readings were taken. The patented substance is composed of an aqueous emulsion containing sufficient highly ionizable salt to provide good electrical conductivity. In practical terms, this means about five per cent common salt. A buffer solution is generally used in making up the emulsion but is not essential. Infringement is no longer denied by Hewlett-Packard but the validity of the patent is disputed.

The judgment at trial dealt in great detail with all the grounds of attack and rejected every one of them. The majority in the Court of Appeal namely, Jaccett C.J. and Thurlow J., came to the conclusion, as the latter worded it, “that the claims in issue include claims for the use of substances that will not work and are on that account invalid”. MacKay J., dissenting, said:

D. F. Sim, c.r., et *R. T. Hughes*, pour les défenderesses, intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Le présent pourvoi est interjeté contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale qui a infirmé le jugement rendu par le Juge en chef adjoint siégeant en Division de première instance. Ce jugement avait accueilli l’action des demanderesse, les appelantes en cette Cour («Burton Parsons»), avait confirmé la redélivrance de leur brevet et conclu à contre-*façon* par les défenderesses-intimées («Hewlett-Packard»).

Le brevet en cause concerne une crème conductrice d’électricité servant à la prise d’électrocardiogrammes, d’électroencéphalogrammes et à d’autres examens semblables. Il porte également sur le procédé de fabrication. Pour de bons enregistrements il faut un contact électrique suffisant entre les électrodes de l’appareil et les parties du corps humain sur lesquelles ces électrodes sont appliquées. A cette fin, il est ordinairement nécessaire d’appliquer sur la peau une substance conductrice d’électricité. Avant la présente invention, la plupart des substances utilisées possédaient des propriétés indésirables. D’ordinaire, une poudre de ponce abrasive était mêlée à une espèce de pâte appliquée sur l’épiderme que l’on devait nettoyer une fois l’enregistrement effectué. La substance brevetée se compose d’une émulsion aqueuse qui contient suffisamment de sel très ionisable pour assurer une bonne conductibilité électrique. En termes courants, cela signifie environ cinq pour cent de sel ordinaire. Une solution-tampon est généralement utilisée dans la préparation de l’émulsion, mais elle est facultative. Hewlett-Packard ne nie plus la contrefaçon mais conteste toujours la validité du brevet.

Le juge de première instance a examiné minutieusement tous les motifs de la contestation et il les a tous rejetés. La majorité de la Cour d’appel, c’est-à-dire le juge en chef Jaccett et le juge Thurlow, a conclu, comme l’a énoncé ce dernier, «qu’au nombre des revendications en cause se trouvent des revendications visant l’emploi de substances impropres à cette utilisation et que, pour ce motif, elles sont invalides». Le juge MacKay, dissident, a dit:

Reading the specifications and claims together it is my view that the claims in issue are limited to an electrically conductive system:

1. for use in making electrocardiograms and electroencephalograms;
2. that are composed of an aqueous emulsion having a base of an anionic, cationic or non-ionic material with the addition of 1-10% of a highly ionizable salt and in respect of some of the claims with the addition of a buffer solution such as to produce a pH of between 4-8 and in some of the claims the addition of suitable inhibitors such as esters of para-hydroxy benzoic acid to prevent the growth of bacteria, moulds or yeast.
3. That the materials to be used are only such of those materials within the general classifications as will be compatible with normal human skin and can be readily applied and readily removed without any resulting conditions requiring cleansing.

I think that these limitations as to the use of the invention and the limitation as to the materials to be used are an answer to the appellants' submission that among the classifications of the materials referred to there are some that would be dangerous to use on the human skin. The patent does not claim that any emulsion or any highly ionizable salt could be used.

In the present case the patentees in their specifications and claims do not say that any highly ionizable salt or any aqueous emulsions may be used. They specify or clearly infer that the persons skilled in the art are to select from the general classifications of materials only such of those materials as would be effective for the expressed purpose and use of the invention which limited the selection to only such of the materials in the classes named as would be compatible with the human skin and which could be readily applied and removed without any resulting condition requiring cleansing.

It is my view that the specifications and claims are sufficient to comply with the requirements of section 36(1) of the Patent Act and that a person skilled in the art would not be left in any doubt as to the materials, their proportions and their consistency that he should use in preparing the invention.

Si on lit le mémoire descriptif et les revendications en regard les uns des autres, il me paraît ressortir que les revendications contestées portent uniquement sur un composé conducteur d'électricité

1. susceptible d'être utilisé pour la prise d'électrocardiogrammes et d'électroencéphalogrammes;
2. consistant en une émulsion aqueuse à base d'une substance anionique, cationique ou non ionique, à laquelle on ajoute un sel très ionisable dans une proportion de 1 à 10% du produit et, dans le cas de certaines des revendications, à laquelle on ajoute une solution-tampon qui donne un pH de 4 à 8 environ, et, dans le cas de certaines revendications, à laquelle on ajoute des inhibiteurs tels que les esters de l'acide p-hydroxybenzoïque pour empêcher la prolifération des bactéries, des moisissures ou des levures;
3. constitué de celles, parmi les substances entrant dans la catégorie générale décrite par l'inventeur, qui sont compatibles avec une peau humaine normale en même temps que faciles à appliquer et susceptibles d'être enlevées sans qu'il faille procéder par la suite à un nettoyage.

Je suis d'avis que ces restrictions quant à l'emploi de la chose inventée et quant aux substances susceptibles d'être utilisées, constituent une réponse satisfaisante à l'objection soulevée par les appelantes, selon laquelle certaines des substances faisant partie des catégories énumérées dans le brevet seraient dangereuses si on les employait sur la peau humaine. Le brevet ne prétend pas que l'on puisse utiliser indifféremment n'importe quelle émulsion ou n'importe quel sel très ionisable.

En l'espèce, les brevetés, dans leur mémoire descriptif et leurs revendications, n'affirment pas que tout sel très ionisable ou toute émulsion aqueuse convient à l'emploi qu'on veut faire du produit. Ils précisent, ou du moins laissent clairement entendre, que l'homme de l'art devra choisir, à l'intérieur de catégories générales, les substances qui conviendront aux fins de l'invention et à l'usage qu'on veut faire du produit en question, ce qui restreint le choix aux seules substances des catégories énumérées qui sont compatibles avec la peau humaine, faciles à appliquer et susceptibles d'être enlevées sans qu'il faille ensuite procéder à un nettoyage.

Je suis d'avis que les précisions données dans le mémoire descriptif et les revendications sont suffisantes, de sorte que ces documents sont conformes à l'article 36(1) de la *Loi sur les brevets*, et que l'homme de l'art n'aurait aucune peine à trouver les substances à employer, leurs proportions et leur consistance.

In coming to a different conclusion, the Chief Justice said in a foot-note:

It is true that section 36(1) requires that the disclosure describe the invention so as to enable "any person skilled in the art or science" to make, construct, compound or use it. In this sense the specification is directed to a person skilled in the art. It does not, however, mean that the specification means what it would mean to a person skilled in the art or science. See *Northern Electric Co. Ltd. et al. v. Photo Sound Corporation et al.*, [1936] S.C.R. 649, per Duff C.J., delivering the judgment of the Court, at pages 676 *et seq.* Note particularly that the expert witness (i.e., the person skilled in the art) can give evidence as to the state of the art at any time, as to the meaning of technical terms, as to whether in his opinion what is described in a specification "on a given hypothesis as to its meaning" can be carried into effect by a skilled worker, or as to what at a given time to him as skilled in the art, a given sentence "on any given hypothesis as to its meaning" would have taught or suggested to him, but he cannot give evidence as to what the specification means or as to what it means to him as a person skilled in the art.

I must, with respect disagree with the statement that s. 36 "does not mean that the specification means what it would mean to a person skilled in the art". What Duff C.J. was dealing with in the passage referred to was not the construction of the specification but the evidence admissible in that connection. In his remarks which were just as clearly *obiter* as those of Lord Tomlin he was quoting from, he objected to the practice of allowing an expert to say what the specification means to him as an engineer or as a chemist, the idea being to restrict experts to the task of supplying information respecting the particular science involved and its terminology so that the judge trying the case might reach his own conclusion as to the meaning of the document. The practical value of those observations does not require to be considered in this case as it does not turn on technical objections to evidence.

Counsel for Hewlett-Packard did not deny that the specification was to be construed as addressed to a person skilled in the art, however, he contended that a distinction had to be made between the disclosure and the claims. With this submission I

En concluant différemment, le Juge en chef a précisé ce qui suit dans une note explicative:

Il est vrai qu'aux termes de l'article 36(1), la divulgation doit décrire l'invention d'une façon qui permette «à toute personne versée dans l'art ou la science» de confectionner, construire, composer ou utiliser l'objet de l'invention. En ce sens, le mémoire descriptif s'adresse à l'homme de l'art. Cela ne veut cependant pas dire qu'il faut l'interpréter comme le ferait un homme de l'art. Voir l'arrêt *Northern Electric Co. Ltd. et autres c. Photo Sound Corporation et autres*, [1936] R.C.S. 649, prononcé par le juge en chef Duff, aux pages 676 et suivantes. Remarquons notamment que le témoin expert (c'est-à-dire l'homme de l'art) peut donner son avis sur l'état de l'art à un moment donné, sur le sens de termes techniques, sur la possibilité pour un technicien expérimenté de mettre à exécution ce qui est divulgué dans un mémoire descriptif «dans l'hypothèse ou celui-ci aurait tel ou tel sens», ou sur ce qu'une phrase donnée, à un moment précis, lui aurait appris ou laissé entendre en tant qu'homme de l'art, «dans l'hypothèse où elle aurait tel ou tel sens», mais qu'il ne peut exprimer d'opinion sur le sens du mémoire descriptif, ni sur la façon dont il l'interprète en tant qu'homme de l'art.

Avec respect, je ne puis admettre l'affirmation que l'art. 36 «ne veut pas dire qu'il faut l'interpréter (le mémoire descriptif) comme le ferait un homme de l'art». Dans le passage cité, M. le juge en chef Duff ne parlait pas de l'interprétation du mémoire descriptif mais plutôt de la preuve admissible à ce sujet. Dans ses remarques, qui étaient tout aussi *obiter* que celles de lord Tomlin qu'il citait, il s'opposait à l'usage qui permet à un expert de dire ce que signifie pour lui le mémoire descriptif à titre d'ingénieur ou de chimiste, bornant ainsi les experts à la seule tâche de fournir des renseignements sur la science alors en cause et sur sa terminologie de sorte que le juge entendant la cause puisse tirer ses propres conclusions quant à la signification du document. Il n'est pas nécessaire de considérer la valeur pratique de ces remarques dans la présente affaire puisque celle-ci ne donne lieu à aucune objection de droit strict à la preuve.

Le procureur de Hewlett-Packard n'a pas nié que le mémoire descriptif devait s'interpréter comme étant destiné à l'homme de l'art, mais il a allégué qu'une distinction doit être établie entre la divulgation et les revendications. Je suis en désaccord

cannot agree. The claims are part of the specification, it “ends” with them under the Act. What must be ascertained is what the whole meant at the date of the patent to a person skilled in the art. In *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*², Lord Reid said (at p. 92):

This claim is attacked on several grounds. The first attack is directed against the phrase “an alkaline xanthate”. This phrase is crucial because, so far as this claim is concerned, the inventor only claims a monopoly if the process described is carried on with an alkaline xanthate: if it is carried on with a xanthate not alkaline there is no infringement of this claim. It is therefore necessary to consider *what this phrase would have meant at the date of the patent* to the notional addressee of the specification, *a person skilled in the art* of froth flotation. (Italics supplied).

In that case on which counsel for Hewlett-Packard like Jackett C.J. and Thurlow J. strongly relied, the claims were held void essentially for the following reasons (per Lord Reid at pp. 93 and 95):

Even if the difficulty arising from the use of the word alkaline were surmounted, there would still be other obstacles in the way of the Appellants. The alkali metal xanthates include those cellulose xanthates in which the metal is an alkali metal, e.g., potassium cellulose xanthate. As will appear when their Lordships come to deal with Claim 9 such a xanthate does not assist the process of froth flotation; on the contrary it hinders the process. So Claim 6 could only be valid if the latter part of the claim, beginning with the words “adapted to co-operate” could be read as excluding those alkali metal xanthates which do not assist the process, and if this method of limiting the scope of the claim were held to be legitimate in this case. As their Lordships have already decided that Claim 6 is invalid, it is unnecessary to deal with these further objections to it. But their Lordships think it right to add that on this matter formidable arguments were adduced by the Respondents. . . .

But it was argued for the Appellants that the whole phrase “an organic radical such as an alkyl radical” is a

² (1952), 69 R.P.C. 81.

avec cette allégation. Les revendications font partie du mémoire descriptif qui, selon la Loi, doit «se terminer» par elles. Il nous faut déterminer ce que le tout signifiait pour l'homme de l'art à la date de la délivrance du brevet. Dans *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*², Lord Reid s'est exprimé comme suit (à la p. 92):

[TRADUCTION] Plusieurs motifs sont invoqués à l'encontre de cette revendication. Le premier porte sur l'expression “un xanthate alcalin”. Le sens de cette expression est décisif puisqu'en cette revendication, l'inventeur ne revendique un monopole que si un xanthate alcalin est utilisé dans le procédé: l'utilisation d'un xanthate non alcalin ne constitue pas une contrefaçon de cette revendication. Il est donc nécessaire de considérer *ce que cette expression aurait signifié à la date de la délivrance du brevet* pour le destinataire imaginaire du mémoire descriptif, soit *un homme maître dans l'art* de faire flotter une mousse. (Les italiques sont de moi).

Dans cette dernière affaire, sur laquelle l'avocat de Hewlett-Packard tout comme le juge en chef Jackett et le juge Thurlow se sont fortement appuyés, les revendications ont été déclarées invalides en raison, principalement, des motifs suivants (lord Reid aux pp. 93 et 95):

[TRADUCTION] Même si les difficultés découlant de l'emploi du mot alcalin étaient surmontées, l'appelante aurait encore à faire face à d'autres obstacles. Les xanthates de métal alcalin comprennent les xanthates de cellulose dans lesquels le métal est un alcalin, p. ex. le xanthate de cellulose potassique. Lorsque leurs Seigneuries étudieront la revendication N° 9, il apparaîtra qu'un tel xanthate n'est d'aucune utilité dans le procédé pour faire flotter une mousse; au contraire, il y est nuisible. Par conséquent, la revendication N° 6 ne peut être valide que si sa dernière partie, qui commence par les mots «adapté pour réagir», peut être interprétée comme excluant ces xanthates de métal alcalin qui ne sont d'aucune utilité quant au procédé, et si cette façon de restreindre la portée de la revendication est déclarée légitime en l'espèce. Puisque leurs Seigneuries ont déjà décidé que la revendication N° 6 est invalide, il n'est plus nécessaire de traiter des autres objections qui s'y rapportent. Mais leurs Seigneuries sont d'avis qu'il convient d'ajouter que, sur ce point, de solides arguments ont été présentés par l'intimée. . . .

Mais l'appelante a allégué que la locution «un radical organique tel qu'un radical alky» est une expression

² (1952), 69 R.P.C. 81.

single and indivisible technical expression and must be held to mean what a chemist would understand it to mean. If it appears from evidence that a word in a specification has acquired a technical meaning among persons to whom that specification is addressed, then that meaning will be given to that word and the same may apply to a whole phrase. But there is not, and there could hardly be, evidence that this whole phrase has acquired a technical meaning among chemists or metallurgists. The terms "organic radical" and "alkyl radical" have technical meanings but that is all. So the construction of a phrase or sentence in which these terms occur is a matter for the Court after the meanings of these terms have been ascertained from evidence. For the reasons which have been given their Lordships hold that this phrase does not exclude the cellulose radical and therefore, even if it could be held to qualify the word "xanthate" in Claim 9, the claim would still be invalid for inutility. . . .

One other ground for excluding the cellulose xanthates was urged at one stage in this case. It was said that for various practical reasons no person skilled in the art would ever attempt to use these xanthates for froth flotation, and therefore they could be disregarded. But Counsel before their Lordships did not attempt to maintain this argument. It is well settled that, where the scope of a claim includes some method which is useless, the claim cannot be saved by showing that no skilled person would ever try to use that method.

In the present case, the situation is quite different. There is really no evidence that any cream prepared according to the specification with an aqueous emulsion containing sufficient highly ionizable salt to provide good electrical conductivity will not work. During the trial Hewlett-Packard suggested that some combinations were unworkable, but counsel had to admit in this Court that those suggestions were conclusively disproved. All he could fall back on are some answers by Burton Parsons' independent expert witness, Dr. Shansky, especially the following:

Q. May I take it Dr. Shansky that among the hundreds of emulsifiable materials, strong highly ionizable salts and buffer solutions known and avail-

technique unique et indivisible qui doit être interprétée comme un chimiste l'interpréterait. S'il découle de la preuve qu'un mot du mémoire descriptif a acquis une signification technique pour les gens à qui ce mémoire descriptif s'adresse, alors ce mot doit conserver cette signification et cette règle s'applique également à toute une locution. Mais il n'y a aucune preuve en l'espèce, et il pourrait difficilement y en avoir, que ladite locution a acquis une signification technique pour les chimistes ou les métallurgistes. Les expressions «radical organique» et «radical alkyl» ont une signification technique, mais rien de plus. C'est donc à la Cour qu'il appartient d'interpréter une locution ou une phrase où apparaissent ces mots après que la signification de ces termes a été déterminée par la preuve. Pour les motifs qui ont été exposés, leurs Seigneuries sont d'avis que la présente locution n'exclut pas le radical cellulose et, par conséquent, même s'il était décidé qu'elle qualifie le mot «xanthate» dans la revendication N° 9, ladite revendication serait toujours invalide en raison de son inutilité. . . .

Un autre motif d'exclusion des xanthates de cellulose a été proposé au cours de la présente affaire. On a prétendu que, pour diverses raisons d'ordre pratique, un homme de l'art ne tenterait jamais de se servir de ces xanthates pour faire flotter une mousse et que, par conséquent, on n'a pas à en tenir compte. Dans sa plaidoirie devant leurs Seigneuries, toutefois, l'avocat des défenderesses a renoncé à faire valoir cet argument. Il est bien établi que, lorsque la portée d'une revendication s'étend à une méthode non susceptible d'application, cette revendication ne peut pas être déclarée valide du seul fait qu'on réussit à prouver qu'un homme de l'art ne chercherait jamais à utiliser cette méthode.

La situation est très différente dans la présente affaire. Il n'y a vraiment pas de preuve qu'aucune crème préparée selon le mémoire descriptif avec une émulsion aqueuse contenant suffisamment de sel très ionisable pour assurer une bonne conductibilité électrique serait inutilisable. Au cours du procès, Hewlett-Packard a allégué que certaines combinaisons étaient impraticables, mais son avocat a dû admettre devant cette Cour que ces allégations avaient été réfutées de façon décisive. Son argumentation ne reposait plus que sur quelques réponses qui ont été fournies par le Dr Shansky, le témoin-expert indépendant de Burton Parsons. En voici les principales:

[TRADUCTION] Q. Dois-je comprendre Dr Shansky que parmi les centaines de composés émulsifiables, de sels très ionisables et de solutions-tampons qui

able in 1957, there would be some that would not be compatible with the human skin?

- A. I would imagine that would be true that there could be in amongst the many that would be available, that some would not be compatible.
- Q. In fact you would expect from the many combinations that there would be some that would not be compatible?
- A. Yes, I would expect that.

It will be noted that this evidence is not that there are combinations that will not work but that there are substances coming within the specification that cannot be used because they are toxic or otherwise incompatible with the normal human skin. Of course, no person skilled in the art would think of using such substances. In Shansky's evidence one reads:

- Q. And you indicated that this eliminates from consideration, salts which would produce unsightly stains or would otherwise be harmful or deleterious to the human skin. Again you get this because of your knowledge that this substance is to be applied to the skin and you would know that this is a desirable characteristic?
- A. That is correct.

Jackett C.J. in effect excludes those considerations in the following way:

... reference must be made to the whole claim, which reads as follows:

17. An electrocardiograph cream for use with skin contact electrodes and compatible with normal skin, comprising a stable aqueous emulsion that is anionic, cationic or non-ionic and, containing sufficient highly ionizable salt to provide good electrical conductivity.

Reading this claim in the only way that I find it possible to read it, it is a claim that the inventor has invented a substance that is an invention because of its new and useful qualities as an electrocardiograph cream that is for use with skin contact electrodes and that is compatible with normal skin and the substances for which such claim is made is the substance that is defined by all the words after the word "comprising". The word "comprising" separates the part of the claim that performs the "fencing" function from the part of the claim that indicates what the function of the invention is. If the words of promise in the first part of the claim can be taken to limit the ambit of the invention defined, the

étaient connus et disponibles en 1957, il y en a qui ne seraient pas compatibles avec la peau humaine?

- R. J'imagine que oui, que parmi tous ceux qui sont disponibles il pourrait y en avoir qui seraient incompatibles.
- Q. En fait, il faudrait s'attendre à ce que parmi les nombreuses combinaisons, il y en ait qui soient incompatibles?
- R. Oui, je m'attendrais à cela.

Il faut souligner qu'il n'est pas dit dans ce témoignage qu'il y a des combinaisons qui ne produisent pas l'effet désiré, mais plutôt qu'il existe des substances visées par le mémoire descriptif qui ne peuvent être utilisées parce qu'elles sont toxiques ou autrement incompatibles avec la peau humaine. Évidemment, l'homme de l'art n'envisagerait pas d'utiliser de telles substances. On peut lire dans la déposition de Shansky:

- [TRADUCTION] Q. Et vous avez indiqué que ceci entraîne le rejet des sels qui tachent ou qui sont autrement dommageables ou toxiques pour la peau humaine. Encore, vous dites cela en connaissance de cause, en sachant que cette substance sera appliquée sur la peau car vous savez que ceci est une propriété désirable?
- R. C'est exact.

En fait, le juge en chef Jackett a rejeté ces motifs en ces termes:

... je renvoie à l'ensemble de la revendication, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 17. Une crème pour électrocardiographes, à utiliser avec les électrodes de contact avec la peau, qui soit compatible avec une peau normale, comprenant une émulsion aqueuse stable, anionique, cationique ou non ionique, et contenant suffisamment de sel très ionisable pour assurer une bonne conductibilité électrique.

Si je donne à cette revendication le seul sens qu'il soit possible de lui donner, l'inventeur y prétend avoir inventé un produit qui est une invention en raison de son caractère nouveau et utile dans la prise des électrocardiogrammes, que cette crème est destinée à être utilisée avec les électrodes de contact avec la peau et qu'elle est compatible avec une peau normale; il ressort en outre de la revendication que le produit visé est celui qui est défini par tous les mots suivant le mot «comprenant». Ce dernier mot sépare la partie de la revendication qui a pour objet le «bornage» du monopole de celle qui explique l'usage du produit inventé. Si l'on considère que les affirmations constituant la première partie de la reven-

public can be, by that device, completely deprived of the protection to which it is entitled under section 36(2).

With respect, I cannot agree that Claim 17 is invalid because the words "compatible with normal skin" are found before "comprising" instead of after, so that it would be valid, it seems, if the words were rearranged as follows:

17. An electrocardiograph cream for use with skin contact electrodes comprising a stable aqueous emulsion that is anionic, cationic or non-ionic, containing sufficient highly ionizable salt to provide good electrical conductivity and compatible with normal skin.

In my view, the rights of patentees should not be defeated by such technicalities. 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 the art and the knowledge such a man is expected to possess is to be taken into consideration. To such a man it must be obvious that a cream for use with skin contact electrodes is not to be made up with ingredients that are toxic or irritating, or are apt to stain or discolour the skin. The man skilled in the art will just as well appreciate this necessity if the cream to be made is described as "compatible with normal skin" as if it is described as containing only ingredients compatible with normal skin. The situation here is completely unlike that in either the *Minerals Separation* case or in *Société des usines chimiques Rhône-Poulenc v. Jules R. Gilbert Ltd.*³ In those cases the object of the patent was some substances of a definite chemical composition: xanthates in the first, substituted diamines in the second. Unfortunately for the patentees, the claims covered at the same time some xanthates which would not yield the desirable result in one case, and, in the other, some isomers which would not be therapeutically valuable. This is what was held fatal to the validity of the patents.

dication limitent la portée de l'invention décrite, le public peut, de cette façon, être complètement privé de la protection à laquelle il a droit en vertu de l'article 36(2).

Avec respect, je ne puis admettre que la revendication N° 17 est invalide parce que les mots «qui soit compatible avec une peau normale» précèdent le mot «comprenant» au lieu de le suivre, de sorte que la revendication serait valide, semble-t-il, si les mots étaient réarrangés de cette façon:

17. Une crème pour électrocardiographes, à utiliser avec les électrodes de contact avec la peau, comprenant une émulsion aqueuse stable, anionique, cationique ou non ionique, et contenant suffisamment de sel très ionisable pour assurer une bonne conductibilité électrique et qui est compatible avec une peau normale.

A mon avis, on ne peut faire échec aux droits des titulaires de brevets par de telles considérations. 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 homme de l'art, et en tenant compte également du savoir que cet homme est censé posséder. Il doit être évident pour l'homme de l'art, qu'une crème à utiliser avec des électrodes de contact avec la peau ne peut pas être composée d'éléments qui seraient toxiques, irritants ou susceptibles de tacher ou de décolorer la peau. L'homme de l'art apercevra tout aussi bien cette nécessité que la crème soit décrite comme «compatible avec une peau normale» ou qu'elle soit décrite comme ne contenant que des éléments compatibles avec une peau normale. La présente situation est complètement différente de celles qu'on retrouve dans *Minerals Separation* et dans *Société des usines chimiques Rhône-Poulenc c. Jules R. Gilbert Ltd.*³ Dans ces causes-là, des produits de composition chimique définie faisaient l'objet des brevets: des xanthates dans la première et des dérivés de diamines dans la seconde. Malheureusement pour les titulaires de brevets, les revendications portaient également sur des xanthates qui ne produisaient pas les résultats voulus dans le premier cas, alors que dans le second, certains isomères n'avaient aucune valeur thérapeutique. C'est pourquoi ces brevets ont été déclarés invalides.

³ [1968] S.C.R. 950.

³ [1968] R.C.S. 950.

In the present case, the invention relates to a mixture and a process for making it. This mixture is of no fixed composition. A great many different substances can be used, hundreds if not thousands, said Shansky. The essential is to combine a highly ionizable salt with an aqueous emulsion. As a result of this combination, the wetting action of the emulsion on the skin makes it possible to use the salt in a low concentration (from one to ten per cent). If the patent is to have a practical value, it must cover all the emulsions and salts which can yield the desirable result namely, all "emulsions with the outer phase or the continuous phase being water" and all salts that are highly ionizable enough to carry an electric current with low resistivity on the skin excluding only such substances as are not compatible with normal human skin. The evidence makes it clear that this was obvious to any person skilled in the art because the characteristics of suitable emulsions and of suitable salts were well known. Only the combination was new.

This is the distinguishing feature from the other cases in which the properties of xanthates in froth flotation and those of some substituted diamines as antihistamines were the object of the invention. The inutility of cellulose xanthate in *Minerals Separation*, as well as that of some isomers of tripeleannamine in *Rhône-Poulenc* was not known to the prior art. This is totally unlike the undesirable properties of some highly ionizable salts which Hewlett-Packard listed as objectionable. Their noxious character was well known and no man skilled in the art would have thought of using them in making a cream for use with skin contact electrodes any more than any such worker would have needed to be told that in making such a cream, he had to use such proportions of liquid and of emulsified material as to obtain a suitable consistency.

Such applications of the art of a skilled person is to be put on the same footing as the addition of a

En l'espèce, l'invention a trait à un mélange et à son procédé de fabrication. Ce mélange n'a aucune composition bien arrêtée. Selon Shansky, des centaines sinon des milliers de produits différents peuvent être utilisés. L'essentiel consiste à combiner un sel très ionisable avec une émulsion aqueuse. L'effet de cette combinaison sur la peau rend possible l'utilisation d'une faible teneur de sel (de un à dix pour cent). Pour avoir quelque valeur en pratique, le brevet doit englober toutes les émulsions et tous les sels qui peuvent produire les résultats voulus, c'est-à-dire toutes [TRADUCTION] «les émulsions où l'eau constitue la phase continue ou externe» et tous les sels qui sont très ionisables à un degré suffisant pour véhiculer sans trop de résistance un courant électrique sur la peau, en excluant uniquement les produits incompatibles avec la peau humaine normale. Il appert de la preuve que cela était manifeste pour tout homme de l'art parce que les propriétés des émulsions et des sels appropriés étaient bien connues. Seule la combinaison était nouvelle.

C'est cet aspect qui distingue la présente affaire des autres causes dans lesquelles l'invention avait pour objet les propriétés des xanthates dans le procédé pour faire flotter une mousse et les propriétés de certains dérivés de diamines comme antihistaminiques. L'inutilité des xanthates de cellulose dans *Minerals Separation*, de même que celle de certains isomères de tripeleannamine dans *Rhône-Poulenc* était antérieurement inconnue des hommes de l'art dans ces domaines. C'est tout le contraire qu'il faut dire des propriétés indésirables de certains sels très ionisables que Hewlett-Packard a considérés comme inacceptables. Leur nocivité était bien connue et aucun homme de l'art n'aurait songé à s'en servir dans la fabrication d'une crème à utiliser avec les électrodes de contact avec la peau, pas plus qu'un tel homme de l'art avait besoin qu'on lui dise que, pour fabriquer une telle crème, il devait utiliser une telle quantité de liquide et de produit émulsionné afin d'obtenir une consistance convenable.

Une telle application de ses connaissances par un homme de l'art est analogue à l'addition d'un

pharmaceutically acceptable carrier to a drug when this is required for its proper administration. In *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst A.G.*⁴, this Court held that this last step in the production of a drug in dosage form was not patentable because there is no invention involved in it. In my view, the avoidance of unsuitable salts due to their known noxious properties is similarly nothing but the application of the proper knowledge to be expected from a man skilled in the art. In *Sandoz Patents Ltd. v. Gilcross Ltd.*⁵, we had no hesitation in upholding claims for “therapeutically tolerable salts” of thioridazine to be obtained by reacting “with a therapeutically acceptable acid”. I cannot think that the omission of the qualification “therapeutically acceptable” would have voided the patent and I will note that in the *Rhône-Poulenc* case this question was left open.

It is stressed in many cases that an inventor is free to make his claims as narrow as he sees fit in order to protect himself from the invalidity which will ensue if he makes them too broad. From a practical point of view, this freedom is really quite limited because if, in order to guard against possible invalidity, some area is left open between what is the invention as disclosed and what is covered by the claims, the patent may be just as worthless as if it was invalid. Everybody will be free to use the invention in the unfenced area. It does not seem to me that inventors are to be looked upon as Shylock claiming his pound of flesh. In the present case, there was admittedly a meritorious invention and Hewlett-Packard, after futile attempts to belittle its usefulness, brazenly appropriated it. It was in no way misled as to the true nature of the disclosure nor as to the proper methods of making a competing cream. The objections raised against the claims really are that, except those pertaining to some specific embodiments of the invention, the others are so framed as to cover every practical embodiment, leaving to the man skilled in the art, the task of avoiding unsuitable materials in the

agent pharmaceutiquement acceptable à une drogue lorsque la bonne administration le requiert. Dans *Le commissaire des brevets c. Farbwerke Hoechst A. G.*⁴, cette Cour a décidé que cette dernière étape dans la fabrication d'une drogue en doses individuelles ne peut être brevetée parce qu'elle ne comporte aucune invention. A mon avis, l'élimination des sels inappropriés en raison de leur nocivité notoire ne représente rien de plus que l'application des connaissances que possède normalement l'homme de l'art. Dans *Sandoz Patents Ltd. v. Gilcross Ltd.*⁵, c'est sans hésitation que nous avons confirmé la validité des réclamations qui visaient des «sels thérapeutiquement tolérables» de thioridazine obtenus par la réaction «avec un acide thérapeutiquement acceptable». Je ne puis croire que l'omission de la qualification «thérapeutiquement acceptable» aurait invalidé le brevet et je remarque que cette question n'a pas été tranchée dans l'affaire *Rhône-Poulenc*.

Plusieurs arrêts signalent qu'un inventeur est libre de formuler ses revendications aussi étroitement qu'il le juge à propos dans le but de se protéger de l'invalidité qui pourrait résulter d'une formulation trop générale. En pratique, cette liberté est vraiment très limitée car le brevet peut avoir aussi peu de valeur que s'il était invalide si, pour éviter toute possibilité d'invalidité, il laisse un champ inoccupé entre ce que représente l'invention telle que divulguée et ce qui est visé par les revendications. Tout chacun peut alors utiliser l'invention dans les limites de ce champ laissé inoccupé. A mon avis, l'inventeur ne doit pas être considéré comme un Shylock réclamant sa livre de chair. En l'espèce, ainsi qu'il a été reconnu, il s'agit d'une invention méritoire et Hewlett-Packard, après avoir vainement tenté d'en déprécier l'utilité, s'en est effrontément emparée. Elle n'a été d'aucune façon induite en erreur, ni sur la véritable nature de la divulgation, ni sur les méthodes appropriées pour fabriquer une crème concurrente. Les objections soulevées à l'encontre des revendications sont à l'effet que, exception faite des revendications relatives à certaines réalisations de l'invention, les

⁴ [1964] S.C.R. 49.

⁵ (1973), 8 C.P.R. (2d) 210.

⁴ [1964] R.C.S. 49.

⁵ (1973), 8 C.P.R. (2d) 210.

making of the mixture, a task which any man skilled in the art ought to be able to perform without having to be told because any unsuitability depends on well known properties. No unexpected or generally unknown unsuitability was proved or even suggested, which makes this case quite unlike *Minerals Separation or Rhône-Poulenc*.

The above observations dispose of the objection that the claims are broader than the invention. It is therefore necessary to consider the other grounds of invalidity which the trial judge dismissed and the majority in appeal did not have to deal with. The first of these other objections is that the claims are ambiguous on account of the use of the term "highly ionizable salt" and of the word "comprising". With respect to the first expression, the evidence is that there is no generally accepted dividing line between salts that are highly ionizable and those that are not. There might thus be a difference of opinion between competent chemists as to whether some salts are included in the description or not. Why one would want to use salts of questionable utility when there are hundreds if not thousands of unquestionable suitability available was not indicated. In my view, this is enough to dispose of the objection. Even less need be said with respect to "comprising". It is a word very frequently used in patent claims. It is no vaguer than "includes".

Another objection raised is as to the validity of the patent sued upon as a reissued patent. The action herein was instituted by Burton Parsons on June 7, 1967. However, Hewlett-Packard had, on June 10, 1964, instituted another action to impeach Canadian patent No. 631,424 issued to Burton Parsons on November 21, 1961. One of the grounds of attack was that some claims were broad enough to include not only emulsions, but also colloid dispersions, the use of which for such purposes was anticipated in a prior patent issued to one Jensen. Under those circumstances, Burton

autres sont formulées de façon à viser toutes les réalisations d'ordre pratique, laissant à l'homme de l'art la tâche d'éviter dans la fabrication du mélange l'emploi de produits impropres, ce qu'un homme de l'art doit pouvoir faire de sa propre initiative puisque tout ce qui rend certains produits impropres découle de caractéristiques notoires. Aucun résultat indésirable imprévu ou généralement inconnu n'a été prouvé ou même allégué; la présente cause est donc très différente de celles de *Minerals Separation* et de *Rhône-Poulenc*.

Les remarques ci-dessus règlent donc le sort de l'objection portant que les revendications vont au-delà de l'invention. Il faut donc examiner maintenant les autres motifs d'invalidité que le juge de première instance a rejetés et que la majorité des juges d'appel n'a pas eu à considérer. La première de ces objections est que les revendications sont ambiguës à cause de l'emploi de l'expression «sel très ionisable» et du mot «comprenant». Quant à la première expression, la preuve démontre qu'il n'existe aucune ligne de démarcation généralement acceptée entre les sels très ionisables et ceux qui ne le sont pas. Des chimistes compétents peuvent différer d'opinion sur la question de savoir si certains sels sont visés ou non par la description. On ne nous a pas précisé pourquoi quelqu'un pourrait désirer employer des sels dont l'utilité est douteuse alors qu'on peut facilement employer des centaines des milliers de sels indiscutablement utilisables. A mon avis, ceci suffit à réfuter cette objection. En ce qui a trait au terme «comprenant», la question est encore plus vite réglée. C'est un mot fréquemment utilisé dans les revendications de brevet. Il n'est pas plus vague que «inclut».

Une autre objection se rapporte à la validité du brevet litigieux comme brevet redélivré. La présente action a été intentée par Burton Parsons le 7 juin 1967. Cependant, le 10 juin 1964, Hewlett-Packard avait intenté une autre action en contestation du brevet canadien N° 631,424 qui avait été délivré à Burton Parsons le 21 novembre 1961. Un des motifs de contestation était à l'effet que certaines des revendications étaient suffisamment générales pour inclure non seulement des émulsions, mais aussi des «dispersions colloïdales» dont l'utilisation à de telles fins avait été envisagée dans un

Parsons, on August 16, 1965, made a petition for reissue stating those facts as well as admitting that, although the Jensen patent had been cited by the U.S. Patent Office, the inventor had inadvertently failed to revise the Canadian claims adequately. Other changes were also sought, especially the addition of product claims. Unknown to Hewlett-Packard, the application for reissue was allowed by the Commissioner of Patents and these proceedings were subsequently instituted.

The first ground of attack rests on the contention that an invalid patent cannot be reissued. This is based on the judgment of this Court in *Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*⁶, in which Martland J. speaking for the Court said (at pp. 614-15) after referring to a U.S. Court of Appeal decision:

Two points should be noted in respect of this decision. The first is that in this case a reissue had been granted in respect of a patent which had been held to be invalid. As has been pointed out earlier, the American statute in terms permits the reissue of an invalid patent in certain specified circumstances. The Canadian Act, however, does not so provide. Section 50 deals only with a patent which is defective or inoperative. In my opinion it contemplates the existence of a valid patent which requires reissue in order to become fully effective and operative. In the present case, in so far as the substance of tolbutamide is concerned, the patent for which reissue is sought has been held by this Court to be invalid.

It must be noted that those words were said in a case where the Commissioner of Patents had rejected the application for reissue after this Court had held the patent invalid. The appeal was from the judgment of the Exchequer Court affirming the decision of the Commissioner. The final conclusion (at p. 619) was that "there was ample justification for the exercise by the Commissioner

brevet antérieur délivré à un nommé Jensen. Dans les circonstances, Burton-Parsons a présenté, le 16 août 1965, une requête en redélivrance qui exposait ces faits et qui reconnaissait que l'inventeur avait omis, par inadvertance, de modifier convenablement les revendications canadiennes bien que le brevet de Jensen eût été mentionné par le Patent Office des États-Unis. On a également cherché à apporter d'autres modifications, tout particulièrement l'addition de revendications de produit. Le commissaire des brevets a accueilli la demande en redélivrance à l'insu de Hewlett-Packard et les présentes procédures ont été subséquemment instituées.

Le premier motif de contestation invoqué repose sur la prétention qu'un brevet invalide ne peut être redélivré. Cet argument est fondé sur la décision rendue par cette Cour dans *Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning c. Le commissaire des brevets*⁶ où, après avoir fait référence à une décision de la Cour d'appel des États-Unis, M. le juge Martland a dit, alors qu'il s'exprimait au nom de la Cour (aux pp. 614 et 615):

[TRADUCTION] Deux points sont à souligner au sujet de cette décision-là. Premièrement, elle traite de la redélivrance d'un brevet qui a été déclaré invalide. Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, la loi américaine autorise expressément la redélivrance d'un brevet invalide dans certaines circonstances. Cependant, la loi canadienne ne contient aucune disposition semblable. L'article 50 vise uniquement un brevet jugé défectueux ou inopérant. A mon avis, il envisage l'existence d'un brevet valide qui requiert redélivrance pour devenir pleinement applicable et opérant. Dans le cas présent, du moins en ce qui concerne la tolbutamide, le brevet dont on recherche la redélivrance a été déclaré invalide par cette Cour.

Il convient de remarquer que ces paroles ont été prononcées dans une cause où le Commissaire des brevets avait rejeté la demande en redélivrance après que cette Cour eut déclaré le brevet invalide. Le pourvoi était interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour de l'Échiquier qui confirmait la décision du Commissaire. La conclusion finale (à la p. 619) était que [TRADUCTION] «le Commissaire avait

⁶ [1966] S.C.R. 604.

⁶ [1966] R.C.S. 604.

under s. 50 of his discretion in the manner which he did.”

Counsel for Hewlett-Packard also relied on the judgment of this Court in *Northern Electric Co. Ltd. v. Photo Sound Corpn.*⁷ in which a reissued patent was held invalid because it was found that the Commissioner had exceeded his authority in granting it. However, it should be noted that an important change was made in the law since the patent under consideration in that case was reissued. At that time, the section providing for reissue patents read:

24. Whenever any patent is deemed defective or inoperative by reason of insufficient description of specification, or by reason of the patentee claiming more than he had a right to claim as new, . . .

By the *Patent Act* of 1923 (s. 27) this had been changed to read as in s. 50 of the present act “claiming more or less”, but this change could not validate the reissue effected November 28, 1922. That this was the essential reason for the invalidity appears from the reasons given for the Court by Duff C.J. (at p. 652):

. . . it is to be observed that, while the section provides for relief where the patentee claims too much, there is no provision for relief where the patentee fails to claim something to which he may be entitled.

As to the contention that there was no “error” because whatever inadvertence or mistake happened was that of the patent attorneys, not that of the inventor himself, I can see no reason for such a restrictive construction of the Act. On applications for extension of time, relief from a default and the like, no court would listen to the objection that the delay or the neglect was that of the party’s attorney, not of the party himself. On the contrary, it is a basic rule in the exercise of judicial discretion in such matters that a party should not suffer a deprivation of his rights due to the error or neglect of his attorney. It cannot seriously be suggested that the omission to amend the Canadian patent application in the same way as the U.S. application so as to take care of the Jensen patent was

⁷ [1936] S.C.R. 649.

des raisons valables d’exercer ainsi le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 50».

Le procureur de Hewlett-Packard a également allégué l’arrêt rendu par cette Cour dans *Northern Electric Co. Ltd. c. Photo Sound Corpn.*⁷ où un brevet redélivré a été jugé invalide parce que le Commissaire avait outrepassé son autorité en l’accordant. Cependant, il faut souligner que la loi a subi une modification importante depuis la redélivrance du brevet en cause dans cette affaire-là. A cette époque, l’article traitant de la redélivrance de brevets était formulé ainsi:

24. Lorsqu’un brevet est jugé défectueux ou inefficace par suite de l’insuffisance de la description, ou parce que le breveté a réclaté plus qu’il n’avait droit de réclamer à titre d’invention nouvelle, . . .

Dans la *Loi sur les brevets* de 1923 (art. 27), cette disposition avait été modifiée ainsi qu’on peut le lire à l’art. 50 de la loi actuelle, soit «a revendiqué plus ou moins», mais cette modification ne pouvait valider la redélivrance accordée le 28 novembre 1922. Il appert des motifs exposés par M. le juge en chef Duff au nom de la Cour que ceci constituait le principal motif de l’invalidité (à la p. 652):

[TRADUCTION] . . . bien que l’article prévoit un recours lorsque le breveté a revendiqué plus qu’il ne le devait, il faut noter que ce même article ne prévoit aucun recours lorsque le breveté a omis de revendiquer quelque chose à quoi il peut avoir droit.

Quant à la prétention qu’aucune «erreur» n’a été commise parce que toute inadvertance ou faute est celle des avocats de brevets et non celle de l’inventeur lui-même, je ne vois rien qui puisse motiver une interprétation à ce point restrictive de la Loi. Dans les cas de demandes de prorogation de délai, de redressement suite à une non-comparution et d’autres demandes semblables, aucune cour ne retiendrait la prétention que le délai ou la négligence résulte du fait de l’avocat de la partie et non de la partie elle-même. Bien au contraire, c’est une règle fondamentale régissant l’exercice du pouvoir discrétionnaire des juges en pareils cas qu’une partie ne doit pas perdre ses droits à cause d’une erreur ou d’une négligence commise par son avocat. On ne peut pas sérieusement alléguer que

⁷ [1936] R.C.S. 649.

deliberate and was not a clear mistake or inadvertence.

Concerning the allegation that there were untrue statements in the petition for reissue, the truth of the matter, in my view, is that there was nothing but a failure to give complete particulars of immaterial details. Whether the inventor learned of the Jensen patent before or after his Canada application was filed, whether his error was in not drawing it or in not revising it so as to exclude colloid dispersions, is of no consequence whatsoever. What is important is that the good faith of the inventor is not challenged and it is not seriously disputed that the initial patent disclosed the same invention as the reissued patent.

The last ground of attack concerns the validity of the product claims only. They are said to be invalidated by s. 41(1) as being for "substances prepared or produced by chemical processes and intended for food or medicine". The trial judge held that Hewlett-Packard had failed to prove that the preparation was by chemical process. As to this, I am not free from doubt. It is quite true that this must be determined on the basis of the popular, not the scientific meaning, of "chemical process". In this testimony, Shansky very aptly explained how little help can be obtained from scientists on that point when he said:

... It is the difference between physical and chemical reactions. It is controversial, it depends upon what your discipline is, some people say tearing paper is physical reaction, some say it's a chemical reaction because hydrogen bonds are being broken, solubilization is a chemical reaction, it changes the material from one state to another state and in that sense it is chemical. (Underlining added).

The trial judge noted that the fact that the process involved only a mixing of the ingredients was not decisive. It depends on what goes on. I am

l'omission de modifier la demande de brevet canadienne à l'instar de la demande américaine de façon à tenir compte du brevet Jensen a été faite délibérément plutôt que fautivement ou par inadvertance.

Concernant l'allégation que la requête en redélivrance contenait de fausses déclarations, je suis d'avis qu'en vérité il n'y avait rien d'autre que l'omission de donner une description complète de certains détails secondaires. Que l'inventeur ait connu l'existence du brevet Jensen avant ou après avoir déposé sa demande canadienne, que son erreur soit de ne pas l'avoir rédigée ou révisée de façon à exclure les dispersions colloïdales, cela est sans importance. Ce qui importe, c'est que la bonne foi de l'inventeur ne soit pas mise en doute; il n'est pas contesté sérieusement que le brevet initial divulguait la même invention que le brevet redélivré.

Le dernier motif de contestation se rapporte uniquement à la validité des revendications de produit. On allègue leur invalidité en raison du par. (1) de l'art. 41 parce qu'elles viseraient «des substances préparées ou produites par des procédés chimiques et destinées à l'alimentation ou à la médication». Le juge de première instance a décidé que Hewlett-Packard n'avait pu prouver que la préparation se faisait par un procédé chimique. J'entretiens quelques doutes sur cette conclusion. Il est vrai que ceci doit être déterminé en se fondant sur la signification populaire et non sur le sens scientifique de l'expression «procédé chimique». Au cours de son témoignage, Shansky a très bien expliqué pourquoi les scientifiques ne peuvent guère nous aider à trancher cette question:

[TRADUCTION] ... C'est la différence entre les réactions physiques et chimiques. C'est controversé, cela dépend de votre orientation professionnelle. Pour certaines gens le papier qui se déchire représente une réaction physique, alors que pour d'autres cela constitue une réaction chimique à cause des liaisons d'hydrogène qui se rompent; solubiliser c'est une réaction chimique car cela fait passer un produit d'un état à un autre, et *dans ce sens*, c'est chimique. (Les italiques sont de moi)

Le juge de première instance a insisté sur le caractère peu concluant du fait que le procédé en cause ne consiste qu'en un mélange d'ingrédients.

not at all sure that the preparation of the cream in question is to be looked upon as analogous to the preparation of mayonnaise, also an emulsion, which preparation would not, I think, be looked upon as a chemical process in usual terms. But most of the substances mentioned in the patent herein as suitable for the preparation of a conductive cream are undoubtedly "chemicals" in the usual sense of this word, especially the emulsifying agents. The above-quoted statement from Burton Parsons' expert witness, Dr. Shansky, implies an admission that, from the point of view of a chemist at least, the emulsification process using an emulsifier involves the use of its chemical properties.

I do not find it necessary to reach a firm conclusion on this point because I agree with the trial judge's finding that this cream is not "intended for medicine" within the meaning of s. 41. Cases on the meaning of this expression were recently reviewed in *Tennessee Eastman v. Commissioner of Patents*⁸. Substances intended for use in surgery were held to be included. I have no doubt that a conductive cream is apt to be used whenever electrodes are applied to the skin during surgery. However, there is nothing in the evidence which would justify the conclusion that such is the main or primary use of the product. It is clear that such is primarily and mainly for the taking of electrocardiograms in routine examinations, not necessarily or mainly in connection with the treatment of diseases. It is obviously a matter of some difficulty to draw the line between what is a medicine and what is only a product apt to be used in connection with medical treatments. In the present case, however, Hewlett-Packard had the burden of proving that the product was a medicine. The evidence has failed to convince the trial judge that such was the case and I see no reason to disturb his finding.

For all those reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Appeal Division and

⁸ [1974] S.C.R. 111.

Cela dépend de ce qui en résulte. Je doute que l'on puisse comparer la préparation de cette crème avec la préparation de la mayonnaise, également une émulsion; je crois que cette dernière préparation ne serait pas considérée comme un procédé chimique au sens ordinaire. Mais la majorité des substances mentionnées au brevet comme susceptibles de convenir à la préparation d'une crème conductrice d'électricité sont indubitablement des «produits chimiques» au sens propre de cette expression, surtout les agents émulsifiants. L'extrait précité du témoignage du D^r Shansky, le témoin-expert de Burton Parsons, implique que, selon un chimiste du moins, le procédé de préparation d'une émulsion qui utilise un émulsifiant emporte l'utilisation de ses propriétés chimiques.

Je crois qu'il serait superflu de trancher cette question car je suis d'accord avec la conclusion du juge de première instance que cette crème n'est pas «destinée à la médication» au sens de l'art. 41. La jurisprudence portant sur la signification de cette expression a récemment été examinée dans *Tennessee Eastman c. Le commissaire des brevets*⁸. On a statué que cela comprend les substances destinées à un emploi chirurgical. Je n'ai aucun doute qu'une crème conductrice est susceptible d'être utilisée chaque fois que des électrodes sont placées sur la peau durant une intervention chirurgicale. Cependant, rien dans la preuve ne vient appuyer la conclusion que c'est l'utilisation principale de ce produit. Il est clair que cette crème sert principalement à la prise d'électrocardiogrammes lors d'examen routiniers, et non pas nécessairement ou principalement au traitement des maladies. Il est évidemment assez difficile de dire exactement ce qui constitue un médicament et ce qui ne constitue qu'un produit susceptible d'être utilisé à l'occasion de traitement médicaux. En l'espèce cependant, c'était à Hewlett-Packard de prouver que le produit est un médicament. La preuve n'a pas convaincu le juge de première instance que tel est le cas et je ne vois aucune raison de modifier sa conclusion.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Division d'ap-

⁸ [1974] R.C.S. 111.

restore the judgment at trial with costs in all courts against the respondents.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Ridout & Maybee, Toronto.

Solicitors for the defendants, respondents: Donald F. Sim, Toronto.

pel et de rétablir le jugement de première instance avec dépens dans toutes les cours contre les intimées.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs des demandereses, appelantes: Ridout & Maybee, Toronto.

Procureur des défenderesses, intimées: Donald F. Sim, Toronto.

Jacques Saulnier *Appellant*;

and

Quebec Police Commission *Respondent*;

and

Montreal Urban Community *et al.*
Mis en cause.

1974: October 9; 1975: February 13.

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

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

Police Commission—Report to degrade the Director of the Police Department—Standardization of rank asked for by Attorney General—Writ of evocation—Commission is a quasi-judicial tribunal—Natural justice rules apply—Police Act, 1968 (Que.), c. 17, s. 20—Act to constitute the Montreal Urban Community Police Department, 1971 (Que.), c. 93, s. 31

Under s. 20 of the *Police Act*, respondent was required by the Attorney General and Minister of Justice of Quebec to hold an inquiry into the conduct of appellant, the Director of the Montreal Police Department. Pursuant to the conclusions and specifically to one recommendation contained in the report submitted by respondent to the Minister, the latter requested appellant, under s. 31 of the *Act to constitute the Montreal Urban Community Police Department*, to undertake the evaluation of appellant and the standardization of his rank and duties in the Montreal Urban Community Police Department. Appellant moved for a writ for evocation to prohibit respondent from proceeding further and to have its recommendation declared void. The Superior Court authorized the issuance of the writ, ruling that respondent was to be regarded as a quasi-judicial tribunal and that the "*audi alteram partem*" rule applied. This decision was reversed by the Court of Appeal. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The *Police Act*, expressly recognizing the application of the "*audi alteram partem*" rule clearly shows that the investigation report may have important effects on the rights of the persons dealt with in it. Here, the decision of respondent requires that appellant be degraded from his position as Director of the Police Department, and the sole purpose of subsequent proceedings is

Jacques Saulnier *Appellant*;

et

Commission de police du Québec *Intimée*;

et

Communauté urbaine de Montréal et autres
Mis en cause.

1974: le 9 octobre; 1975: le 13 février.

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

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

Commission de police—Rapport à l'effet de dégrader directeur du service de police—Normalisation de grade demandée par procureur général—Bref d'évocation—Commission, tribunal quasi-judiciaire—Règles de justice naturelle—Loi de police, 1968 (Qué.), c. 17, art. 20—Loi constituant le service de police de la Communauté urbaine de Montréal, 1971 (Qué.), c. 93, art. 31.

En vertu de l'art. 20 de la *Loi de police*, l'intimée a été requise par le procureur général et ministre de la Justice du Québec de tenir une enquête sur la conduite de l'appelant, directeur de police de Montréal. Suite aux conclusions et spécialement à une recommandation contenue dans le rapport soumis par l'intimée au ministre, ce dernier a demandé à l'appelante, en vertu de l'art. 31 de la *Loi constituant le service de police de la Communauté urbaine de Montréal*, de procéder à l'évaluation de l'appelant ainsi qu'à la normalisation de son grade et de ses fonctions dans le service de police de la Communauté urbaine de Montréal. L'appelant a demandé l'émission d'un bref d'évocation en vue de faire interdire à l'intimée de procéder ultérieurement et de faire déclarer nulle sa recommandation. La Cour supérieure a autorisé la délivrance du bref, jugeant que l'intimée devait être considérée comme un tribunal quasi-judiciaire et que la règle "*audi alteram partem*" s'appliquait. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

La *Loi de police*, en outre de reconnaître expressément l'application de la règle "*audi alteram partem*", fait voir clairement que le rapport d'enquête peut avoir des conséquences importantes sur les droits des personnes qui en font l'objet. Ici la décision de l'intimée veut que l'appelant soit dégradé de son poste de directeur du service de police et les procédures ultérieures ont pour

to determine the lower rank to which he should be assigned. It must be concluded that the case is a proper one for evocation.

Guay v. Lafleur, [1965] S.C.R. 12, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec¹, reversing a judgment of the Superior Court, which authorized the issuance of a writ of evocation. Appeal allowed.

Jean-Louis Léger, for the appellant.

Ivan Bisailon, Q.C., and *Roger Thibaudeau, Q.C.*, for the respondent.

Lomer Rivard, Q.C., for the mis en cause.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal is against a judgment of the Quebec Court of Appeal which, with two dissenting opinions, reversed the judgment of the Superior Court authorizing the issuance of a writ of evocation sought by appellant against respondent, the Quebec Police Commission (“the Commission”).

On January 18, 1972, the Minister of Justice, Attorney General of Quebec, sent the Chairman of the Commission a letter saying:

[TRANSLATION] Pursuant to the provisions of s. 20 of the *Police Act*, I request that you hold an inquiry into the conduct of Director Jacques Saulnier, as a member of the Police Department of the City of Montreal, and in particular into the facts and allegations contained in two articles which appeared in the newspaper *Le Devoir* on January 12 and 13, 1972.

It should be noted that the phrase “the conduct” in this document is the same as in s. 20 of the *Police Act* (c. 17 of the 1968 statutes, as amended). The first paragraph of that section, as replaced by an amendment of 1971 (c. 16, s. 5), reads as follows:

20. The commission shall make an inquiry respecting the Police Force or any municipal police force at the request of the Lieutenant-Governor in Council and as to the conduct of any member of the Police Force, munic-

seul but de fixer le grade inférieur auquel il doit être assigné. Il faut conclure qu'il s'agit d'une affaire susceptible d'évocation.

Distinction faite avec l'arrêt: *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12.

APPEL d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine, province de Québec¹, infirmant un jugement de la Cour supérieure, lequel autorisait la délivrance d'un bref d'évocation. Appel accueilli.

Jean-Louis Léger, pour l'appellant.

Ivan Bisailon, c.r., et *Roger Thibaudeau, c.r.*, pour l'intimée.

Lomer Rivard, c.r., pour les mis en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui, avec deux dissidences, a infirmé le jugement de la Cour supérieure autorisant la délivrance d'un bref d'évocation requis par l'appelant contre l'intimée, la Commission de Police du Québec («la Commission»).

Le 18 janvier 1972, le ministre de la Justice, procureur général du Québec, adressait au président de la Commission une lettre disant:

Suivant les dispositions de l'article 20 de la *Loi de police*, je vous demande de tenir une enquête sur la conduite du directeur Jacques Saulnier, à titre de membre du service de la police de la ville de Montréal, et plus particulièrement sur les faits et allégations contenus à deux articles parus dans le journal *Le Devoir*, les 12 et 13 janvier 1972.

Il importe de signaler que dans ce texte l'expression «la conduite» est précisément celle que l'on trouve dans l'art. 20 de la *Loi de la police* (c. 17 des lois de 1968 et modifications). En effet, le premier alinéa de cet article remplacé par une des modifications de 1971 (c. 16, art. 5), se lit comme suit:

20. La Commission doit faire enquête sur la Sûreté ou tout corps de police municipal à la demande du lieutenant-gouverneur en conseil ainsi que sur la conduite de tout membre de la Sûreté, de tout policier

¹ [1973] C.A. 757.

¹ [1973] C.A. 757.

ipal policeman or special constable, whenever it is requested to do so by the Attorney-General; it must also make an inquiry whenever a municipality, approved by an absolute majority of the members of its council, requests the Commission to do so respecting its police force or the conduct of the members of such force or of a special constable appointed by the mayor.

The Commission's report is dated July 7, 1972. The final chapter is headed "Conclusions and Recommendations". In the first paragraph appellant is reprimanded [TRANSLATION] "for delay in returning a color television set which he had received from a person interested in a hotel, and for failing to notify his immediate superior". Statements in the report show that in this respect the Commission was only repeating the reprimand made after the incident, in 1967, following a disciplinary inquiry, and, that reprimand, though not included in appellant's records had been brought to the attention of the Mayor of Montreal early in 1968, that is more than three years before appellant's promotion to the post of Director of the city's Police Department, a promotion given with full knowledge of the incident.

Following this first conclusion, four recommendations of an administrative nature were made. The sixth and last reads as follows:

[TRANSLATION] 6. WHEREAS the evidence has shown that Jacques Saulnier has neither the qualifications nor the capacity to direct a police department of the size of the city of Montreal Police Department;

WHEREAS since January 1, 1972 the City of Montreal Police Department is part of the Montreal Urban Community Department;

WHEREAS by virtue of the second paragraph of subsection 1 of section 31 of Chapter 93 of the Statutes of 1971, establishing the Montreal Urban Community Police Department, the Minister of Justice is authorized to make the standardization of ranks and duties applicable to a member of the City of Montreal Police Force, to the extent indicated by the Minister;

WHEREAS it is necessary to evaluate Jacques Saulnier and to standardize the rank and duties which he may exercise in the Montreal Urban Community Police Department;

municipal ou de tout constable spécial, chaque fois qu'elle en est requise par le procureur général; elle est aussi tenue de faire enquête chaque fois qu'une municipalité, à la majorité absolue des membres du conseil, lui demande de le faire sur son corps de police ou sur la conduite de l'un des membres de ce corps ou d'un constable spécial nommé par le maire.

Le rapport de la Commission est en date du 7 juillet 1972. Le dernier chapitre est intitulé «Conclusions et Recommandations». On y trouve au premier paragraphe un blâme à l'adresse de l'appelant «pour avoir tardé à retourner un téléviseur couleur qu'il avait reçu d'un intéressé dans un hôtel et pour avoir négligé d'en informer son supérieur immédiat». Le texte du rapport démontre que la Commission ne fait là que réitérer la réprimande imposée après l'incident, en 1967, à la suite d'une enquête disciplinaire et qui, que bien que ne figurant pas au dossier de l'appelant, avait été portée à la connaissance du maire de Montréal dès le début de 1968, soit plus de trois ans avant la promotion de l'appelant au poste de directeur du service de police de la ville, promotion qui lui a été décernée en pleine connaissance de cause de l'incident.

Après cette première conclusion, on trouve quatre recommandations d'ordre administratif. La sixième et dernière se lit comme suit:

6. CONSIDÉRANT que la preuve a révélé que Jacques Saulnier n'a ni la compétence ni les aptitudes pour diriger un service de police de l'ampleur du service de police de la Ville de Montréal;

CONSIDÉRANT que depuis le 1^{er} janvier 1972, le service de police de la Ville de Montréal fait partie du service de police de la Communauté urbaine de Montréal;

CONSIDÉRANT qu'en vertu du deuxième alinéa du paragraphe 1 de l'article 31 du chapitre 93 des lois de 1971 constituant le service de police de la Communauté urbaine de Montréal, il est loisible au Ministre de la Justice de rendre applicable la normalisation des grades et des fonctions à un membre du corps de police de la Ville de Montréal dans la mesure que le Ministre indique;

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu de procéder à l'évaluation de Jacques Saulnier ainsi qu'à la normalisation du grade et des fonctions que ce dernier pourrait exercer dans le service de police de la Communauté urbaine de Montréal;

FOR THESE REASONS:

THE COMMISSION recommends that the Minister of Justice make the provisions of section 31 of Chapter 93 of the Statutes of 1971 applicable to Jacques Saulnier.

On July 13, 1972 the Minister of Justice wrote the Commission a letter, "Att. Mr. Justice Roger Gosselin", the first two paragraphs of which read as follows:

[TRANSLATION] I wish to implement the sixth recommendation of your report, dated July 7, 1972, regarding Mr. Jacques Saulnier.

Pursuant to the second paragraph of subsection 1 of section 31, Chapter 93, 1971 Statutes (An Act to constitute the Montreal Urban Community Police Department and to again amend the Montreal Urban Community Act), I request that you undertake the evaluation of Jacques Saulnier and the standardization of his rank and duties in the Montreal Urban Community Police Department.

Consequent on this letter appellant received from the Secretary of the Commission a summons to "an examination in order to take some aptitude tests". A few days later, he caused to be served a motion for a writ of evocation to prohibit the Commission from proceeding further and to have the recommendation cited above declared void.

On November 27, 1972, Rodolphe Paré J. of the Superior Court, ruling on issuance of the writ, first observed that the Commission was to be regarded, in the circumstances, as a quasi-judicial tribunal, and went on:

[TRANSLATION] ... what is the situation of a police officer required to appear before the Quebec Police Commission under s. 20 of the *Police Act*?

First, he must be summoned in accordance with the rules of the *Code of Civil Procedure* (s. 24). An inquiry is then held in which the witnesses summoned are required to testify (s. 21). Finally, the Commission may make a report censuring the conduct of the police officer and recommend that punitive action be taken against him (s. 25).

Accordingly, this report is in itself a judgment, since applicant has no other tribunal before which to assert his rights, as was the case in *Lafleur v. Guay*, [1965] S.C.R. 12. In the instant case, on the contrary, the censure imposed by the Commission, or the recommen-

POUR CES MOTIFS:

LA COMMISSION recommande au Ministre de la Justice de rendre applicable la disposition de l'article 31 du chapitre 93 des lois de 1971 à Jacques Saulnier.

Le 13 juillet 1972, le ministre de la Justice adressait à la Commission «Att. M. le juge Roger Gosselin», une lettre dont les deux premiers alinéas sont comme suit:

Je désire par les présentes faire suite à la sixième recommandation de votre rapport en date du 7 juillet 1972, relativement à M. Jacques Saulnier.

Je vous demande, conformément au 2^{ième} alinéa du paragraphe 1 de l'article 31, chapitre 93, des lois de 1971 (Loi constituant le service de police de la Communauté urbaine de Montréal et modifiant de nouveau la Loi de la Communauté urbaine de Montréal), de procéder à l'évaluation de Jacques Saulnier ainsi qu'à la normalisation de son grade et de ses fonctions dans le service de police de la Communauté urbaine de Montréal.

A la suite de cette lettre, l'appelant a reçu du secrétaire de la Commission une convocation à «une séance d'examen pour y subir des tests d'aptitudes». Quelques jours plus tard, il faisait signifier une requête pour bref d'évocation en vue de faire interdire à la Commission de procéder ultérieurement et de faire déclarer nulle la recommandation ci-dessus reproduite.

Le 27 novembre 1972, M. le juge Rodolphe Paré de la Cour supérieure, statuant sur la délivrance du bref, disait d'abord que la Commission devait être considérée en l'occurrence comme un tribunal quasi-judiciaire en s'exprimant ainsi:

... quelle est la situation d'un policier appelé à comparaître devant la Commission de Police du Québec aux termes de l'article 20 de la Loi de Police?

D'abord, il doit être assigné selon les règles du Code de procédure civile (Art. 24). Une enquête est alors entreprise où des témoins assignés sont tenus de rendre témoignage (Art. 21). La Commission peut enfin faire rapport blâmant la conduite du policier et recommander que des sanctions soient prises contre lui (Art. 25).

Ce rapport constitue donc un véritable jugement en soi puisque le requérant n'a pas d'autre tribunal devant lequel il pourra alors faire valoir ses droits, comme c'était le cas dans l'affaire *Lafleur c. Guay*, [1965] R.C.S. 12). Ici au contraire, le blâme décerné par la

dition of punitive action contained in its report, enables such action to be taken *ipso facto* by the Director of the Montreal Urban Community Police Department.

Then, after considering what would be the consequences of the evaluation and standardization of the rank of appellant under the procedure provided, he stated:

[TRANSLATION] Here, there arises an irreconcilable conflict between the spirit of the Act and the rules of elementary justice. The tribunal before which applicant could appeal the decision of the investigator is none other than the one which decided his case at first instance, through a Commission of Inquiry. It is as though the Court of Appeal of this Province were to be asked to give a ruling before the case in question had come before the Superior Court. By ordering that applicant be subject to the provisions of s. 31, after finding him unfit to carry out the duties of his position, the Commission was deciding a matter which it might subsequently be called on to decide as an appellate tribunal, under the aforesaid section. By acting in this manner it reversed the order of successive jurisdictions established by the Act, and in my view this constitutes an excess of jurisdiction sufficient to justify issuance of the writ prayed for.

Then, observing that according to the terms of its first mandate and the provisions of s. 20, the Commission was only required to inquire into the conduct of appellant, he went on:

[TRANSLATION] If as a consequence of this mandate the Commission took it upon itself to make a finding as to the competence of applicant, and that finding later proved to be unlawful, it has thereby *ipso facto* exceeded the mandate of the Minister, and this is a further basis for concluding that there was an excess of jurisdiction.

Finally, he quotes the relevant portion of the section by virtue of which action was to be taken to degrade the appellant. This provision is the first part of s. 31 of the *Act to constitute the Montreal Urban Community Police Department* (c. 93 of the 1971 Statutes), which is as follows:

31. (1) As soon as possible after the 1st of January, 1972, the Quebec Police Commission shall evaluate the police personnel and standardize the ranks and duties of the members of the police forces of the municipalities, with a view to indicating the rank and duties of each

Commission, ou la recommandation d'une sanction contenue dans son rapport, permet que cette sanction soit appliquée *ipso facto* par le directeur du service de police de la Communauté urbaine de Montréal.

Ensuite, après avoir considéré ce que seraient les conséquences de l'évaluation et de la normalisation du grade de l'appelant selon la procédure prévue, il dit:

Mais c'est ici que survient un paradoxe inconciliable avec l'esprit de la loi et les règles de la justice élémentaire. Le tribunal devant lequel le requérant pourrait porter en appel la décision de l'enquêteur est précisément celui qui l'a jugé en première instance par le truchement d'une Commission d'enquête. C'est tout comme si on demandait à la Cour d'appel de cette Province de se prononcer avant que la Cour Supérieure ait été saisie d'un litige. En ordonnant que le requérant soit soumis aux dispositions de l'article 31, après l'avoir déclaré incompétent pour remplir les devoirs de sa charge, la Commission se prononçait sur une question qu'elle pouvait plus tard être appelée à juger comme tribunal d'Appel selon ce même article 31. En agissant ainsi, elle renversait l'ordre des juridictions successives établies par la loi et ceci, à mon avis, constitue un excès de juridiction suffisant pour permettre l'émission du bref demandé.

Observant ensuite que selon les termes de son premier mandat et les dispositions de l'art. 20, la Commission n'avait à faire enquête que sur la conduite de l'appelant, il a ajouté:

Si par suite de ce mandat la Commission prend sur elle de conclure sur la compétence du requérant et que cette conclusion s'avère plus tard illégale, elle se trouve par le fait même à avoir excédé le mandat du Ministre et c'est un motif additionnel pour conclure à excès de juridiction.

En dernier lieu, il cite la partie pertinente du texte de l'article d'après lequel on entend procéder à dégrader l'appelant. Ce texte c'est le début de l'art. 31 de la *Loi constituant le service de police de la Communauté urbaine de Montréal* (c. 93 des Lois de 1971) qui est comme suit:

31. 1. Dès que possible, après le 1^{er} janvier 1972, la Commission de police du Québec procède à l'évaluation du personnel policier ainsi qu'à la normalisation des grades et des fonctions des membres des corps de police des municipalités en vue d'indiquer le grade et la fonc-

policeman of such municipalities in the Montreal Urban Community Police Department.

This subsection shall apply to the police force of the City of Montreal only to the extent indicated by the Minister of Justice.

On this last point the learned judge concluded:

[TRANSLATION] To interpret s. 31 as giving the Minister of Justice the power to choose at will among the thousands of policemen in the City of Montreal the individual or individuals he desires to submit to evaluation of their abilities and standardization of their ranks would be to give him an administrative function of supervising the employees of the municipal police. It would be to give him a discretionary power implying a potential for discrimination and political control.

But the police laws which govern us were drawn up in language specifically designed to exclude political interference so far as possible. Therefore, I do not think that the exception of s. 31, which excludes policemen of the City of Montreal from the standardization procedure except to the extent indicated by the Minister, enables the Minister to single out any one policeman and make him, subject to a special procedure, apart from that of the group as a whole.

This appears especially true in the case at bar since the recommendation of the Commission has certain characteristics of a disciplinary measure, the implementation of which is not usually the responsibility of the Minister. Section 31 of the Act to constitute the Montreal Urban Community Police Department has no connection with the taking of disciplinary action as a result of the conduct of a police officer.

The majority on appeal, consisting of Tremblay C.J.Q. and Turgeon and Crête J.J.A., reversed the decision of the trial judge solely on the ground that the Commission was not a quasi-judicial tribunal. Turgeon J.A. quoted in particular the following passage from the reasons of Cartwright J. in *Guay v. Lafleur*², at p. 18:

... the maxim "*audi alteram partem*" does not apply to an administrative officer whose function is simply to collect information and make a report and who has no power either to impose a liability or to give a decision affecting the rights of parties.

tion de chacun des policiers de ces municipalités dans le service de police de la Communauté urbaine de Montréal.

Le présent paragraphe ne s'applique au corps de police de la Ville de Montréal que dans la mesure qu'indique le ministre de la justice.

Sur ce dernier point, le premier juge conclut:

Interpréter l'article 31 comme donnant au Ministre de la Justice le pouvoir de choisir à son gré parmi les milliers de policiers de la Ville de Montréal celui ou ceux qu'il désire soumettre à l'évaluation de ses capacités ou la normalisation de son grade serait lui attribuer un rôle administratif de contrôle sur les effectifs policiers municipaux. Ce serait lui donner un pouvoir discrétionnaire débouchant sur des possibilités de discrimination et de contrôle politique.

Or, les lois de police qui nous gouvernent ont été précisément conçues dans des termes tels qu'ils excluent, autant que faire se peut, l'ingérence politique. Je ne crois donc pas que l'exception de l'article 31 qui exclut les policiers de la Ville de Montréal de la procédure de normalisation, sauf dans la mesure qu'indique le Ministre, permette au Ministre d'isoler un policier en particulier et de le soumettre à un régime spécial distinct de l'ensemble.

Ceci semble d'autant plus vrai que dans le cas présent la recommandation de la Commission présente certains aspects d'une mesure disciplinaire dont l'exécution ne relève pas habituellement du Ministre. Or, l'article 31 de la loi constituant le service de police de la Communauté Urbaine de Montréal n'a rien de commun avec l'application de mesures de nature disciplinaire appliquées à raison de la conduite d'un policier.

En appel la majorité formée de M. le juge en chef Tremblay et des juges Turgeon et Crête, a infirmé la décision du premier juge pour l'unique motif que la Commission ne serait pas un tribunal quasi-judiciaire. M. le juge Turgeon a cité spécialement le passage suivant des motifs de M. le juge Cartwright dans *Guay c. Lafleur*², (à la p. 18):

[TRANSLATION] ... la maxime «*audi alteram partem*» ne s'applique pas à un agent d'administration dont la fonction consiste simplement à recueillir des renseignements et à faire un rapport et qui n'a aucunement le pouvoir d'imputer une responsabilité ni de rendre une décision portant atteinte aux droits des parties.

² [1965] S.C.R. 12.

² [1965] R.C.S. 12.

With respect, I must say that the function of the Commission is definitely not that of the investigator concerned in *Guay v. Lafleur*. That investigator was charged only with collecting information and evidence. The Minister of National Revenue could then unquestionably make use of the documentary evidence collected, but not of the investigator's conclusions. It is for this reason that it was held the investigator could refuse to allow the taxpayer concerned to be present or be represented by counsel at the kind of investigation provided for by the *Income Tax Act*. The situation is quite different under the *Police Act*, s. 24 of which reads as follows:

24. The Commission shall not, in its reports, censure the conduct of a person or recommend that punitive action be taken against him unless it has heard him on the facts giving rise to such censure or recommendation. Such obligation shall cease, however, if such person has been invited to appear before the Commission within a reasonable delay and has refused or neglected to do so. Such invitation shall be served in the same manner as a summons under the Code of Civil Procedure.

This provision indicates that in this essential particular the *Police Act* differs fundamentally from the *Income Tax Act*. If this Court held that the latter Act did not require application of the *audi alteram partem* rule, this was because it had first concluded that the kind of investigation provided for by the Act involved no conclusion or finding as to the rights of the taxpayer concerned. The *Police Act*, on the other hand, besides expressly recognizing the application of the *audi alteram partem* rule, clearly indicates that the investigation report may have important effects on the rights of the persons dealt with in it. It does not appear necessary for me to labour this point, as I cannot see how it can be argued that the decision is not one which impairs the rights of appellant, when it requires that he be degraded from his position as Director of the City of Montreal Police Department, and the sole purpose of subsequent proceedings is to determine the lower rank to which he should be assigned, that is the extent of the degradation.

In my opinion Casey J.A., dissenting, properly wrote, with the concurrence of Rinfret J.A.:

Avec respect, je dois dire que la fonction de la Commission n'est pas du tout celle de l'enquêteur en cause dans *Guay c. Lafleur*. Cet enquêteur était uniquement chargé de recueillir des renseignements et des éléments de preuve. Le ministre du Revenu national pouvait bien ensuite se servir des preuves documentaires recueillies, mais non des conclusions de l'enquêteur. C'est pourquoi l'on a décidé que l'enquêteur pouvait refuser de permettre au contribuable visé d'être présent ou représenté au genre d'enquête prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toute autre est la situation sous la *Loi de police* dont l'art. 24 se lit comme suit:

24. La Commission ne peut, dans ses rapports, blâmer la conduite d'une personne ou recommander que des sanctions soient prises contre elle à moins de l'avoir entendue sur les faits qui donnent lieu à un tel blâme ou à une telle recommandation. Toutefois cette obligation cesse si cette personne a été invitée à se présenter devant la Commission dans un délai raisonnable et si elle a refusé ou négligé de le faire. Cette invitation est signifiée de la même façon qu'une assignation en vertu du Code de procédure civile.

Ce texte démontre que sous ce rapport essentiel, la *Loi de police* diffère radicalement de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si l'on a statué que celle-ci ne donne pas lieu à l'application de la règle *audi alteram partem*, c'est qu'on en est d'abord venu à la conclusion que le genre d'enquête qui y est prévu n'implique aucune conclusion ou adjudication sur les droits du contribuable visé. Au contraire, la *Loi de police*, en outre de reconnaître expressément l'application de la règle *audi alteram partem*, fait voir clairement que le rapport d'enquête peut avoir des conséquences importantes sur les droits des personnes qui en font l'objet. Il ne me paraît pas nécessaire de m'étendre sur ce point-là car je n'arrive pas à comprendre comment on peut soutenir qu'il ne s'agit pas d'une décision qui porte atteinte aux droits de l'appelant, alors qu'elle veut qu'il soit dégradé de son poste de directeur du service de police de la ville de Montréal et que les procédures ultérieures ont pour seul but de fixer le grade inférieur auquel il doit être assigné, c'est-à-dire l'ampleur de la dégradation.

A mon avis, c'est à bon droit que M. le juge Casey, dissident, a écrit avec l'agrément de M. le juge Rinfret:

I believe that the *Lafleur* case is clearly distinguishable from the one now being discussed. In *Lafleur* the Supreme Court was concerned with the *Income Tax Act*—here we have a Quebec statute. In that case it had to decide whether the doctrine *audi alteram partem* applied: here it is written right into the Act by sec. 24. Finally there it was said that “. . . the appellant has no power to determine any of the former’s (Respondent’s) rights or obligations”. In my opinion Appellant (i.e. the Commission) has done just that.

Appellant has rendered a decision that may well impair if not destroy Respondent’s reputation and future. When I read the first and fourth considerations and the conclusions of the sixth recommendation and when I recall that the whole purpose of these reports is to present facts and recommendations on which normally the Minister will act the argument that no rights have been determined and that nothing has been decided is pure sophistry.

As indicated above, the Court of Appeal ruled on this one point only. Since the case is at the stage of issuance of the writ, it does not seem desirable to express any opinion on the other questions, or to return the record to the Court of Appeal for such purpose. As soon as a finding is made that the case is a proper one for evocation, it is preferable not to delay the hearing on the merits any further.

For these reasons I conclude that the appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and the judgment of the Superior Court restored, with costs against the Quebec Police Commission in this Court and in the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Jean-Louis Léger, Montreal

Solicitor for the respondent: Ivan Bisailon, Montreal.

Solicitors for the mis en cause: Mercier, Rivard & Bélanger, Montreal.

[TRADUCTION] Je crois que le cas de *Lafleur* se distingue clairement de celui que l’on examine actuellement. Dans *Lafleur*, la Cour suprême avait à considérer la *Loi de l’impôt sur le revenu fédérale*—ici il s’agit d’une loi du Québec. Dans cette affaire-là, on devait décider de l’application de la doctrine *audi alteram partem*: en l’espèce, l’art. 24 de la Loi l’énonce expressément. Enfin on y mentionnait que [TRADUCTION] « . . . l’appelant n’a aucun pouvoir de définir les droits et obligations de cette personne (l’intimé) ». A mon avis, l’appelante (c.-à-d. la commission) a précisément agi en ce sens.

L’appelante a rendu une décision qui peut nuire beaucoup à la réputation et l’avenir de l’intimé sinon les détruire. Quand je lis les premier et quatrième considérants et les conclusions de la sixième recommandation et quand je me rappelle que le seul but de ces rapports est de présenter des faits et des recommandations d’après lesquels normalement le Ministre agira, l’argument qu’aucun droit n’a été défini et que rien n’a été décidé est pur sophisme.

Comme on l’a vu, la Cour d’appel n’a statué que sur ce seul point. Vu que l’affaire en est au stade de la délivrance du bref, il ne me paraît pas à propos d’exprimer un avis sur les autres questions, ni de retourner le dossier à la Cour d’appel à cette fin. Dès qu’il faut en venir à la conclusion qu’il s’agit d’une affaire susceptible d’évocation, il est préférable de ne pas en retarder davantage l’instruction.

Pour ces motifs, je conclus qu’il y a lieu d’accueillir le pourvoi, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure avec dépens en cette Cour et en Cour d’appel contre la Commission de police du Québec.

Appel accueilli avec dépens.

Procureur de l’appelant: Jean-Louis Léger, Montréal.

Procureur de l’intimée: Ivan Bisailon, Montréal.

Procureurs des mis en cause: Mercier, Rivard & Bélanger, Montréal.

Atlantic Paper Stock Limited

and

Elliot Krever & Associates (Maritimes) Ltd.
Appellants;

and

St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Company Limited *Respondent.*

1975: Feb. 5; 1975: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Contracts—Breach of contract—Force majeure clause—Interpretation—Ejusdem generis rule—‘Non availability of markets’—Discharging condition.

St. Anne as owner and operator of a pulp and paper mill contracted to purchase exclusively from the appellants all its requirements of waste paper for secondary fibre. The contract provided for a minimum purchase of 10,000 tons of waste paper per year for ten years subject only to “an act of God, the Queen’s or public enemies, war, the authority of the law, labour unrest or strikes, the destruction of or damage to production facilities, or the non-availability of markets for pulp or corrugating medium.” After fourteen months St. Anne advised appellants that it would not accept any more secondary fibre and the latter sued for damages. In defence St. Anne pleaded non-availability of markets for pulp or corrugating medium. The trial judge allowed the action and awarded damages for breach of contract but this judgment was set aside on appeal. Quantum of damages aside, the sole question was whether non-availability of markets for pulp or corrugating medium had discharged St. Anne from its obligations under the contract.

Held: The appeal should be allowed.

An act of God clause or *force majeure* clause generally operates to discharge a contracting party when a supervening, sometimes supernatural, event, beyond the control of either party, makes performance impossible. The common thread is that of the unexpected, something beyond reasonable human foresight and skill. “Non-availability of markets” as a discharging condition is limited to an event over which the respondent

Atlantic Paper Stock Limited

et

Elliot Krever & Associates (Maritimes) Ltd.
Appelantes;

et

St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Company Limited *Intimée.*

1975: le 5 février; 1975: le 22 avril.

Présents: Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK, DIVISION D’APPEL

Contrats—Bris de contrat—Clause de force majeure—Interprétation—Règle ejusdem generis—Absence de marchés—Condition d’exonération.

St. Anne, à titre de propriétaire et d’exploitant d’une usine de pâte et papier, s’est engagée à acheter exclusivement des appelantes tout le papier de rebut dont elle pourrait avoir besoin comme fibre secondaire. Le contrat prévoyait un achat minimum de 10,000 tonnes de papier de rebut par année pour une période de dix ans sauf «en cas de force majeure, un méfait des ennemis de la Reine ou des ennemis publics, la guerre, l’autorité d’une loi, l’agitation ouvrière ou une grève, la destruction ou l’endommagement de l’équipement de production, ou l’absence de marchés pour la pâte à papier ou le carton cannelure». Quatorze mois plus tard, St. Anne a avisé les appelantes qu’elle ne voulait plus de fibre secondaire et ces dernières ont intenté une action en dommages-intérêts. St. Anne a alors invoqué l’absence de marchés pour la pâte à papier ou le carton cannelure. Le juge de première instance a accueilli l’action et accordé des dommages-intérêts pour bris de contrat mais ce jugement a été infirmé en appel. Sauf à l’égard du quantum des dommages-intérêts, il s’agit essentiellement de déterminer si l’absence de marchés pour la pâte à papier ou le carton cannelure libère St. Anne de ses obligations prévues au contrat.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Une clause de force majeure qui dispense une partie de l’exécution de ses obligations contractuelles lorsque survient un événement, parfois surnaturel, sur lequel les parties n’ont aucun contrôle et qui rend l’exécution du contrat impossible, s’applique généralement lorsque cet événement est inattendu et humainement imprévisible et incontrôlable. «L’absence de marchés» comme stipulation d’exonération est restreinte à un événement sûr

exercises no control. The difference between the conclusion of the trial judge and that of the Appeal Division turned essentially on whether the word "non-availability of markets" meant non-availability of economic markets for St. Anne. The effect of the Appeal Division opinion would have been to relieve St. Anne of contractual obligation if St. Anne could not operate at a profit. St. Anne could not however rely on a condition which it brought upon itself. On the evidence the findings of the trial judge that the conditions existing in the market had not changed substantially and that there was a market for corrugating medium were justified and, despite the facts that the market was a declining one and not an economic one for St. Anne, determinative of the appeal. Lack of an effective marketing plan and inordinate operating costs resulted in a failure for which St. Anne, not changes in the market, was responsible.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division, allowing an appeal from a judgment of Barry J. at trial awarding damages for breach of contract. Appeal allowed.

Donald M. Gillis, Q.C., and Thomas L. McGloan, Q.C., for the appellants.

John G. Bryden, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—This litigation arises out of a contract for the sale by Atlantic Paper Stock Limited and Elliot Krever & Associates (Maritimes) Ltd. to St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Company, Ltd. of ten thousand tons of waste paper a year for ten years, to be used as secondary fibre in the manufacture of corrugating medium at St. Anne's mill. After fourteen months, St. Anne advised Atlantic and Elliot Krever it would not accept any more secondary fibre and the latter sued for damages. In defence, St. Anne pleaded non-availability of markets for pulp or corrugating medium within the meaning of the concluding words of cl. 2(a) of the contract, reading:

St. Anne warrants and represents that its requirements under this contract shall be approximately 15,000 tons a year, and further warrants that in any one year its

lequel l'intimée n'exerce aucun contrôle. La différence entre la conclusion du juge de première instance et celle de la Division d'appel repose essentiellement sur la question de savoir si les mots «absence de marchés» signifient absence de marchés économiques pour St. Anne. La décision de la Division d'appel aurait eu pour effet de libérer St. Anne de toute obligation contractuelle si elle ne parvenait pas à faire un profit. St. Anne ne peut pas toutefois invoquer une situation dont elle est elle-même à l'origine. Les conclusions tirées sur les faits par le juge de première instance que l'état du marché n'avait pas changé substantiellement et qu'il existait un marché pour le carton cannelure, sont justifiées et, même si le marché était à la baisse et non rentable pour St. Anne, elles sont déterminantes du sort du pourvoi. L'absence d'un plan efficace de commercialisation dans le projet de St. Anne ainsi que des coûts excessifs d'exploitation ont abouti à un échec imputable à St. Anne, et non pas à des changements dans le marché.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick accueillant un appel d'un jugement du juge Barry qui avait accordé des dommages-intérêts pour bris de contrat. Pourvoi accueilli.

Donald M. Gillis, c.r., et Thomas L. McGloan, c.r., pour les appelantes.

John G. Bryden, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Le présent litige découle d'un contrat par lequel Atlantic Paper Stock Limited et Elliot Krever & Associates (Maritimes) Ltd. s'engageaient à vendre annuellement à St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Company Ltd. dix mille tonnes de papier de rebut, et ce pour une période de dix ans. Ce papier de rebut devait être utilisé comme fibre secondaire dans la fabrication de carton cannelure à l'usine de St. Anne. Quatorze mois plus tard, St. Anne a avisé Atlantic et Elliot Krever qu'elle ne voulait plus de fibre secondaire. Ces dernières ont alors intenté une action en dommages-intérêts. St. Anne a alors invoqué l'absence de marchés pour la pâte à papier ou le carton cannelure, au sens du dernier paragraphe de la cl. 2(a) du contrat, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] St. Anne affirme que ses besoins aux termes du présent contrat seront d'approximativement 15,000 tonnes par année, et affirme aussi que pour

requirements for Secondary Fibre shall not be less than 10,000 tons, unless as a result of an act of God, the Queen's or public enemies, war, the authority of the law, labour unrest or strikes, the destruction of or damage to production facilities, or the nonavailability of markets for pulp or corrugating medium.

The trial judge, Mr. Justice Barry, allowed recovery and assessed the damages of Atlantic at \$49,145 and the damages of Elliot Krever at \$59,145. The Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick set aside the judgment in the Queen's Bench Division and ordered that Elliot Krever have judgment for \$1,638. In the present appeal Atlantic and Elliot Krever desire an order reversing the decision of the Appeal Division and affirming the finding of the trial judge; they also ask that the amount of damages awarded by the trial judge be increased to the amount set out in the statement of claim, namely, Atlantic \$97,433.40 and Elliot Krever \$208,089.34. Quantum of damages aside, the sole question is whether non-availability of markets for pulp or corrugated medium discharged St. Anne from its obligations under the contract.

St. Anne owns and operates a mill at Nackawic, New Brunswick which was designed to manufacture pulp and paper. St. Anne is a wholly owned subsidiary of Parsons & Whittemore, an American company with world-wide interests in the pulp and paper industry. Construction of the mill was started in 1968 and completed in 1970, at a cost of \$72,000,000, of which \$18,000,000 was invested in the section designed for the manufacture of paper. The mill began to manufacture paper in April of 1970 and bleached hardwood Kraft pulp in June of 1970. The paper manufactured was a semi-chemical medium commonly referred to as corrugating medium, which is used in the packaging and box industry. Corrugating medium is placed between two sheets of what is known as linerboard, a product not produced by St. Anne, to form the stuff of which cardboard cartons are made. The raw materials required to produce the type of corrugating medium manufactured by St. Anne included fifteen per cent so-called secondary fibre,

chaque année prévue au contrat ses besoins en fibre secondaire ne seront pas inférieurs à 10,000 tonnes, sauf en cas de force majeure, un méfait des ennemis de la Reine ou des ennemis publics, la guerre, l'autorité d'une loi, l'agitation ouvrière ou une grève, la destruction ou l'endommagement de l'équipement de production, ou l'absence de marchés pour la pâte à papier ou le carton cannelure.

En première instance, le juge Barry a accueilli l'action et a accordé en dommages-intérêts la somme de \$49,145 à Atlantic et la somme de \$59,145 à Elliot Krever. La Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a infirmé le jugement de la Cour du Banc de la Reine et a adjugé la somme de \$1,638 à Elliot Krever. En cette Cour, Atlantic et Elliot Krever demandent d'infirmier l'arrêt de la Division d'appel et de rétablir les conclusions du juge de première instance; elles demandent en outre de porter le montant des dommages-intérêts accordé par le juge de première instance aux montants mentionnés dans la déclaration, soit \$97,433.40 pour Atlantic et \$208,089.34 pour Elliot Krever. Sauf à l'égard du quantum des dommages-intérêts, il s'agit essentiellement de déterminer si l'absence de marchés pour la pâte à papier ou le carton cannelure libère St. Anne de ses obligations prévues au contrat.

St. Anne est propriétaire et exploitant d'une usine de pâte et papier située à Nackawic (Nouveau-Brunswick). Elle est une filiale en propriété exclusive de Parsons & Whittemore, une compagnie américaine qui possède des intérêts universels dans l'industrie de la pâte et du papier. La construction de l'usine a débuté en 1968 pour se terminer en 1970, au coût de \$72,000,000, dont \$18,000,000 ont été investis dans la section destinée à la fabrication du papier. La production du papier a commencé au mois d'avril 1970 et celle de la pâte kraft blanchie de bois feuillu, au mois de juin 1970. Le papier fabriqué était un carton mi-chimique appelé carton cannelure, que l'on utilise dans l'industrie de l'emballage. Pour fabriquer les boîtes de carton, on place le carton cannelure entre deux feuilles de ce que l'on appelle du carton doublure, un produit que St. Anne ne fabrique pas. La matière première du type de carton cannelure fabriqué par St. Anne comprend quinze pour cent de ce que l'on appelle la fibre secondaire, c'est-à-

which is waste paper salvaged from used corrugated cartons and shipping cases.

The contract in issue in these proceedings is dated April 10, 1970, and obligates St. Anne to purchase, on stated terms, exclusively from or through Atlantic and Elliot Krever, all its requirements, maximal 18,000 tons and minimal 10,000 tons, of secondary fibre for its mill. Following upon the execution of this contract, Atlantic and Elliot Krever entered into agreements with the City of St. John and with two New Brunswick breweries for the provision of the secondary fibre needed under the contract with St. Anne. Atlantic and Elliot Krever furnished St. Anne with secondary fibre in accordance with the terms of the contract until they received, without warning, advice by telegram on June 9, 1971, that St. Anne would not accept any more fibre. The paper machine closed down on June 16, 1971, and has since stood idle.

An act of God clause or *force majeure* clause, and it is within such a clause that the words "non-availability of markets" are found, generally operates to discharge a contracting party when a supervening, sometimes supernatural, event, beyond control of either party, makes performance impossible. The common thread is that of the unexpected, something beyond reasonable human foresight and skill. If markets were unavailable to St. Anne, did they become so because of something unexpected happening after April 10, 1970? Was the change so radical as to strike at the root of the contract? Could the company, through the exercise of reasonable skill, have found markets in which to trade? Clause 2(a) contemplates the following frustrating events: an act of God, the Queen's or public enemies, war, the authority of the law, labour unrest or strikes, the destruction of or damage to production facilities. Reading the clause *ejusdem generis*, it seems to me that "non-availability of markets" as a discharging condition must be limited to an event over which the respondent exercises no control.

The primary cause of the failure of St. Anne's corrugating medium facility was lack of an effec-

dire du papier rebut provenant de la récupération de boîtes de carton usagées.

Le contrat qui fait l'objet du présent litige date du 10 avril 1970 et oblige St. Anne à acheter, aux conditions énoncées, exclusivement chez Atlantic et Elliot Krever ou par leur intermédiaire, toute la fibre secondaire dont elle peut avoir besoin pour son usine, soit un maximum de 18,000 tonnes ou un minimum de 10,000 tonnes. A la suite de ce contrat, Atlantic et Elliot Krever ont contracté avec la ville de St-Jean et avec deux brasseries du Nouveau-Brunswick pour en obtenir la fibre secondaire nécessaire à l'exécution du contrat passé avec St. Anne. Atlantic et Elliot Krever ont livré à St. Anne la fibre secondaire conformément aux termes du contrat jusqu'à ce qu'elles reçoivent le 9 juin 1971, sans aucun préavis un télégramme les informant que St. Anne n'accepterait plus aucune livraison, de fibre secondaire. Le 16 juin 1971, la fabrication du papier cessait pour ne plus reprendre.

C'est dans une clause de *force majeure* que l'on trouve les mots «absence de marchés». Une telle clause dispense généralement une partie de l'exécution de ses obligations contractuelles lorsque survient un événement, parfois surnaturel, sur lequel les parties n'ont aucun contrôle et qui rend l'exécution du contrat impossible. Cet événement doit être inattendu et humainement imprévisible et incontrôlable. Est-ce que l'absence de marchés invoquée par St. Anne résultait d'un événement survenu après le 10 avril 1970? Le changement était-il si radical qu'il attaquait la racine même du contrat? La compagnie aurait-elle pu, en faisant preuve d'un discernement raisonnable, trouver les marchés nécessaires à son commerce? La clause 2(a) prévoit les obstacles suivants: la force majeure, un méfait des ennemis de la Reine ou des ennemis publics, la guerre, l'autorité d'une loi, l'agitation ouvrière ou une grève, la destruction ou l'endommagement de l'équipement de production. En lisant la clause *ejusdem generis*, il me semble que l'«absence de marchés» comme stipulation d'exonération doit être restreinte à un événement sur lequel l'intimée n'exerce aucun contrôle.

C'est l'absence d'un plan efficace de commercialisation du carton cannelure qui a surtout causé

tive marketing plan for corrugating medium. Marketing forecasts made in 1967 looked to the United States as an important outlet. It was hoped and believed that corrugating medium would enter United States at the rate of duty applied since the 1920's to the entry of strawboard. This hope was not realized. That fact, together with a more realistic appreciation of prevailing freight rates, forced abandonment at the end of 1969 or early 1970 of plans to sell in the United States. This decision antedated the contract which St. Anne entered into with Atlantic and Elliot Krever. With the frustration of its plans to market in the United States, St. Anne turned its attention to the Canadian market to which little attention had been given in earlier planning. Later events proved that in the feasibility study the ability of St. Anne to break into the Canadian market had been greatly overestimated, through, it would appear, lack of appreciation of the extent to which the Canadian market was integrated, with parent companies manufacturing corrugating medium and selling to subsidiary companies manufacturing cardboard cartons. The machines of Consolidated Bathurst Pulp & Paper Ltd., for example, have been running at full capacity for many years and that Company has always been able to market its production of corrugating medium, in Canada and offshore, but its "captive outlets" accounted for 40,000 of the 60,000 tons of the Company's Canadian sales. The degree of integration of the paper and container industries in Canada and the difficulties this would present to a competitor should have been well known in 1970 and before. The European market was also studied and tested by St. Anne, particularly the United Kingdom and West Germany. The packaging industry in Europe developed very rapidly in the late 1960's but peaked in 1969 and thereafter reflected a decreasing import volume of semichemical corrugating medium, due in part to the development of a process, and establishment of manufacturing plants, which began producing corrugating medium, called "'bogus' medium", using only secondary fibre and no primary pulp. There was also increasing receptivity in the European market to the Scandinavian corrugating medium and its use of high quality primary fibre from birch trees. These competitive and technological factors, however, did not emerge full blown in the period April

l'échec de St. Anne dans la production de ce produit. Les prévisions de commercialisation effectuées en 1967 avaient identifié les États-Unis comme un important débouché. On espérait et croyait que les États-Unis appliqueraient au carton cannelure le tarif douanier imposé sur le carton paille depuis 1920. Cet espoir ne s'est pas matérialisé. Ce fait, auquel s'est ajoutée une appréciation plus réaliste des tarifs de transport des marchandises, a forcé l'abandon du marché américain à la fin de 1969 ou au début de 1970. Cette décision fut prise avant la signature du contrat avec Atlantic et Elliott Krever. N'ayant pas pu concrétiser ses plans de vente aux États-Unis, St. Anne s'est alors tournée du côté canadien, un marché qui, jusque là, l'avait peu intéressée. Les événements ultérieurs ont démontré que l'on avait grandement surestimé l'aptitude de St. Anne à percer sur le marché canadien à cause, semble-t-il, d'une mauvaise appréciation de l'intégration du marché canadien où des compagnies mères fabriquent du carton cannelure pour le vendre à leurs filiales fabricantes de carton. Les machines de Consolidated Bathurst Pulp & Paper Ltd., par exemple, fonctionnent à plein rendement depuis plusieurs années et cette compagnie a toujours été en mesure de commercialiser sa production de carton cannelure au Canada et à l'extérieur, mais ses «débouchés assurés» comptent pour 40,000 des 60,000 tonnes vendues au Canada par la compagnie. Le degré d'intégration des industries du papier et de l'emballage au Canada et les difficultés qu'une telle situation représente pour un concurrent auraient dû être bien connus en 1970 et même avant. St. Anne a également étudié et tâté le marché européen, plus particulièrement celui du Royaume-Uni et de la République fédérale allemande. L'industrie de l'emballage européenne s'est développée très rapidement vers la fin des années 1960 et a atteint son sommet en 1969; après cette date, elle a diminué ses importations de carton cannelure mi-chimique, partiellement à cause d'un nouveau procédé et de la construction d'usines qui ont permis de produire un type de carton cannelure appelé carton cannelure simili dont la fabrication requiert uniquement de la fibre secondaire sans pâte brute. Le marché européen était également de plus en plus ouvert au carton cannelure scandinave fabriqué à partir de fibres primaires de très haute qualité tirées du bouleau. Cependant,

1970 to June 1971 nor were they massive in effect. The effect on the West German market was to cause a decline of eight to ten per cent a year in import volume. The evidence supports the trial judge in this statement:

Feasibility studies had been done for the defendant, prior to construction and the reports were optimistic. Needless to say, the predictions on all points have been incorrect so far. The situation at the time of cancellation of the contract herein was substantially the same as at the time of the studies.

The difference between the conclusion of the trial judge and that of the Appeal Division turned essentially on whether the words "non-availability of markets" meant non-availability of economic markets for St. Anne. Mr. Justice Barry applied what might be called an objective test, the Appeal Division a subjective test. The Appeal Division was of opinion that the words "available market" necessarily connoted a market advantageous or profitable to St. Anne. Mr. Justice Barry found no such connotation in the language of the clause. The effect of the Appeal Division opinion would be to relieve St. Anne of contractual obligation if St. Anne could not operate at a profit. I doubt that reasonable men would have made such a bargain. It would in my opinion be doing violence to the plain words "non-availability of markets for pulp or corrugating medium" in the context of the entire clause within which the words are found, to permit St. Anne to rely upon its soaring production costs to absolve it of contractual liability. The following table was compiled by me from the evidence:

ces facteurs concurrentiels et technologiques ne sont pas soudainement apparus au cours de la période d'avril 1970 à juin 1971 et leur impact fut faible. Sur le marché ouest allemand, l'impact s'est traduit par une baisse annuelle de huit à dix pour cent des importations. La preuve étaye l'affirmation suivante du juge de première instance:

[TRADUCTION] Des études de praticabilité avaient été effectuées pour la défenderesse avant la construction et les rapports étaient optimistes. Inutile de dire qu'aucune prédiction ne s'est réalisée jusqu'à présent. La situation qui existait à l'époque de l'annulation du contrat était essentiellement la même qu'à l'époque où les études ont été effectuées.

La différence entre la conclusion du juge de première instance et celle de la Division d'appel repose essentiellement sur la question de savoir si les mots «absence de marchés» signifient absence de marchés économiques pour St. Anne. Le juge Barry s'est fondé sur ce que l'on pourrait appeler un critère objectif et la Division d'appel sur un critère subjectif. Cette dernière a opiné que les mots «absence de marchés» connotent nécessairement un marché avantageux et profitable pour St. Anne. Selon le juge Barry, les termes de la clause ne comportent aucune connotation de ce genre. La décision de la Division d'appel aurait pour effet de libérer St. Anne de toute obligation contractuelle si elle ne parvenait pas à faire un profit. Je doute que des hommes raisonnables auraient pu conclure une telle entente. Je suis d'avis que permettre à St. Anne d'invoquer ses coûts de production sans cesse croissants pour se soustraire à toute responsabilité contractuelle, va à l'encontre des termes clairs «absence de marchés pour la pâte à papier ou le carton cannelure» considérés dans le contexte de la clause. A l'aide du dossier, j'ai dressé le tableau suivant:

	Canada/Canada			Germany/Allemagne	
	Total/Totaux Sales/Ventes	Sales/Ventes	Average price/ Prix moyen per ton/la tonne	Sales/Ventes	Average price/ Prix moyen per ton/la tonne
April to December 1970 Avril à décembre 1970	12,855 tons/ tonnes	2,000 tons/ tonnes	\$ 114	2,101 tons/ tonnes	\$ 117.72 tons/ tonnes
January to June 1971 Janvier à juin 1972	14,000 tons/ tonnes	5,237 tons/ tonnes	\$ 120	2,789 tons/ tonnes	\$ 118.08 tons/ tonnes

Sales volume and selling price per ton increased during the period. Production costs per ton amounted to \$150.29 in June 1970 and \$186.94 in June 1971. The mill cost of Consolidated Bathurst per ton in 1971 amounted to \$80 to \$95 per ton. It would appear, therefore, that on an average selling price per ton of \$120 St. Anne would lose \$30.29 per ton in June 1970 and \$66.94 per ton in June 1971. In the first year of operation St. Anne's mill operated at a loss of \$9,000,000 as against a projected loss of \$782,000. As Mr. Justice Barry said, "the defendant simply priced itself out of any available market existing".

The trial judge made important findings which, with great respect, I fear the Appeal Division tended to overlook, but which in my opinion should be accepted as they are fully supported in the evidence and, I think, correct. They are also determinative of this appeal. The critical one is this:

... the conditions existing in the market on April 10, 1970, when the parties executed P-1 were and are substantially the same as at the time of cancellation in June 1971 and at present.

Exhibit P-1 is the contract to which I have referred. He also held:

I find that there is a market for corrugated medium, albeit a declining one, and very competitive market, and certainly, not an economic market at the defendant's cost per ton. . . .

Mr. Wiltshire, senior Vice-President of St. Anne, was asked by counsel to state the factors on which the decision to stop production were based. He prefaced his answer by the words: "It was an accumulation of circumstances", and then referred to a change of agents in Germany, failure to get repeat business, competition from bogus medium, unsold inventory of more than half of production, re-evaluation of the Canadian dollar. The factors confirm beyond doubt the presence of many serious marketing difficulties, but, in my opinion, they do not establish, in the face of evidence of a strong demand for corrugated medium throughout the world and of competitors of St. Anne selling to the

Le volume de ventes et le prix pour chaque tonne ont augmenté au cours de la période en question. Le coût de production pour chaque tonne s'élevait à \$150.29 en juin 1970 et à \$186.94 en juin 1971. Le coût à l'usine pour chaque tonne chez Consolidated Bathurst en 1971 était de \$80 à \$95 la tonne. Par conséquent, il semble qu'au prix de vente moyen de \$120 la tonne, St. Anne perdait \$30.29 pour chaque tonne en juin 1970 et \$66.94 en juin 1971. Dès la première année d'exploitation, St. Anne avait prévu une perte de \$782,000 qui, en réalité, a atteint \$9,000,000. Comme l'a dit le juge Barry, [TRADUCTION] «par sa politique de prix, la défenderesse s'est tout simplement aliénée les marchés disponibles existants».

Le juge de première instance a tiré sur les faits des conclusions importantes que la Division d'appel aurait dû retenir. A mon avis, il faut les accepter car, en plus d'être entièrement étayées par la preuve, elles sont également justes et déterminantes du sort du pourvoi. Voici la plus importante:

[TRADUCTION] ... l'état du marché le 10 avril 1970, date à laquelle les parties ont signé P-1, était, et il est toujours d'ailleurs, substantiellement le même qu'au moment de la résiliation en juin 1971.

La pièce P-1 est le contrat que j'ai mentionné. Voici une autre conclusion du juge de première instance:

[TRADUCTION] Je conclus qu'il existe un marché pour le carton cannelure, bien qu'il soit à la baisse. C'est un marché très concurrentiel qui n'est certes pas rentable pour la défenderesse vu ses coûts de production. . . .

On a demandé à M. Wiltshire, le premier vice-président de St. Anne, d'énoncer les raisons de l'arrêt de la production. Il dit d'abord: [TRADUCTION] «C'est dû à un concours de circonstances», il mentionna ensuite le changement d'agents en Allemagne, la difficulté de renouveler les commandes, la concurrence provenant du carton cannelure simili, les stocks invendus: plus de la moitié de la production, la réévaluation du dollar canadien. Ces facteurs confirment hors de tout doute l'existence de nombreuses difficultés graves de commercialisation mais n'établissent pas, selon moi, que St. Anne ne pouvait trouver de marché pour le carton cannelure lorsque l'on considère la preuve d'une

limit of their respective productive capacities, that markets for corrugating medium were not available to St. Anne.

I do not think St. Anne can rely on a condition which it brought upon itself. A fair reading of the evidence leads one to conclude that the whole St. Anne project for the manufacture of corrugating medium was misconceived. The problems which plagued it proceeded, however, not from non-availability of markets for corrugating medium but from (i) lack of an effective marketing plan, as I have stated; St. Anne spent \$16,000,000 to produce a product without any notion of where the product would be sold and (ii) inordinate operating costs, aggravated by two subsidiary factors (a) lack of captive outlets and (b) failure to produce linerboard; customers needed both corrugating medium and linerboard, and preferred manufacturers who could offer both. The project, conceived in ephemeral hopes and not the harsh realities of the market place, resulted in a failure for which St. Anne and not changes in the market for corrugating medium during the period April 10, 1970 to June 9, 1971 must be held accountable.

For the foregoing reasons I find myself in agreement with the trial judge as to the liability of St. Anne and I would not alter his assessment of damages. I would allow the appeal, set aside the decision of the Appeal Division and affirm the findings of the trial judge, with costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Gilbert, McGloan, Gillis & Jones, Saint John.

Solicitors for the respondent: Bryden & Arsenault, Fredericton.

forte demande mondiale pour le carton cannelure, ainsi que les concurrents de St. Anne qui réussissent à vendre toute leur production.

Je ne crois pas que St. Anne puisse invoquer une situation dont elle est elle-même à l'origine. Un examen objectif de la preuve révèle une mauvaise conception du projet de St. Anne pour la fabrication du carton cannelure. La cause de ses problèmes n'est pas l'absence de marchés pour ce produit mais plutôt (i) l'absence d'un plan efficace de commercialisation comme je l'ai mentionné, St. Anne ayant dépensé \$16,000,000 pour fabriquer un produit sans avoir trouvé de débouchés, et (ii) les coûts excessifs d'exploitation, auxquels s'ajoutent deux autres facteurs a) l'absence de débouchés assurés, et b) le fait de ne pas fabriquer de carton doublure; les clients ont autant besoin de carton doublure que de carton cannelure, de sorte qu'ils s'adressent aux fabricants en mesure d'offrir les deux. L'échec du projet conçu à partir d'espairs éphémères au lieu des dures réalités du marché est imputable à St. Anne et non à des changements dans le marché du carton cannelure entre le 10 avril 1970 et le 9 juin 1971.

Pour ces motifs, je partage l'avis du juge de première instance quant à la responsabilité de St. Anne et ne modifierais pas son adjudication des dommages-intérêts. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel et de confirmer les conclusions du juge de première instance, avec dépens dans toutes les cours.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Gilbert, McGloan, Gillis & Jones, Saint Jean, N.-B.

Procureurs de l'intimée: Bryden & Arsenault, Fredericton.

Dame Marie Elizabeth O'Neill, Martin O'Neill, Kathleen O'Neill, wife of Charles Michaud, Leo O'Neill, Marie Agnes O'Neill, Harry O'Neill, Josephine Pare O'Neill, wife of the late David O'Neill, Richard O'Neill, and Charles Emond, husband of the late Evelyne O'Neill (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Claude O'Neill, Bernard O'Neill, Alice O'Neill, Marie-Paule O'Neill, Irene O'Neill, Elizabeth O'Neill, wife of Jacques Plantier, and Germaine O'Neill, wife of Camille Bertrand (*Defendants*) *Respondents*;

and

Raymond Gagne, in his capacity as administrator of the Quebec City Registry Office *Mis en cause*.

1974: October 29; 1975: January 28.

Present: Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

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

Wills — Interpretation — The prohibition against alienation does not necessarily establish a substitution—Husband and wife having a joint share of immovable—Difference between the texts of two wills appointing the same son as legatee of the immovable—Civil Code, arts. 968 et seq. and 975.

Appellants are six children, and the heirs of two other children, of William Patrick O'Neill, the son of Bridget Martin and Thomas O'Neill. By wills signed the same day before the same notary and the same witnesses, the O'Neills each bequeathed his or her joint share of an immovable to their son William Patrick who in turn bequeathed the immovable to only one of his sons, Thomas John. Respondents are the children of the latter. The will of Thomas O'Neill contained a prohibition against alienation which extended to acts *mortis causa*, with a substitution in favour of the heirs of William Patrick and a power of appointment given to the latter. The will of Bridget Martin O'Neill contained a prohibition against alienation with no mention of power of appointment given to William Patrick. Appellants contend that the will of Bridget Martin established a substitution in favour of all the children of William Patrick, without a power of appointment, and are seek-

Dame Marie Elizabeth O'Neill, Martin O'Neill, Kathleen O'Neill, épouse de Charles Michaud, Leo O'Neill, Marie Agnes O'Neill, Harry O'Neill, Josephine Pare O'Neill, épouse de feu David O'Neill, Richard O'Neill, Charles Emond, époux de feu Evelyne O'Neill (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

Claude O'Neill, Bernard O'Neill, Alice O'Neill, Marie-Paule O'Neill, Irène O'Neill, Elizabeth O'Neill, épouse de Jacques Plantier, Germaine O'Neill, épouse de Camille Bertrand (*Défendeurs*) *Intimés*;

et

Raymond Gagne, en sa qualité d'administrateur du bureau d'enregistrement de Québec *Mis en cause*.

1974: le 29 octobre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Les juges Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

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

Testaments — Interprétation — Prohibition d'aliéner ne constitue pas nécessairement substitution—Époux ayant part indivise dans immeuble—Différence dans le texte des deux testaments constituant le même fils légataire de l'immeuble—Code civil, art. 968 et suiv., 975.

Les appelants sont six enfants et les héritiers de deux autres enfants de William Patrick O'Neill, fils de Bridget Martin et de Thomas O'Neill. Par testaments signés le même jour devant le même notaire et les mêmes témoins, les époux O'Neill léguèrent chacun sa moitié indivise dans un immeuble à leur fils William Patrick qui, à son tour, légua cet immeuble à un seul de ses enfants, Thomas John. Les intimés sont les enfants de ce dernier. Le testament de Thomas O'Neill contient une prohibition d'aliéner qui s'étend aux actes à cause de mort avec substitution en faveur des héritiers de William Patrick et pouvoir de désignation accordé à ce dernier. Le testament de Bridget Martin O'Neill contient une prohibition d'aliéner sans mention d'un pouvoir de désignation accordé à William Patrick. Les appelants prétendent que le testament de Bridget Martin constituait une substitution en faveur de tous les enfants de William Patrick sans pouvoir de désignation, et récla-

ing to be declared the owners of eight-ninths of the joint share of Bridget Martin in the immovable. The findings of the judgment of the Superior Court dismissing the action were upheld in the Court of Appeal, which held that William Patrick became owner without limitation as to acts *mortis causa* of his mother's joint share in the immovable, and that his will in favour of his son transmitted to the latter full ownership of the immovable, with the result that respondents now enjoy full ownership. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Provisions of the *Civil Code* state that the prohibition against alienation, though in certain cases it may establish a substitution, does not necessarily lead to that conclusion. In particular, art. 975 provides that we must look at the texts and at the circumstances as a whole in order to determine the extent of the prohibition against alienation.

That Dame Martin wished to keep the property in the family and that she considered that this object was sufficiently assured by the terms of her husband's will is a necessary conclusion, since the couple had arrived at a common understanding before going to see the notary and had decided that the clauses of their wills would complement each other.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec¹, upholding a judgment of the Superior Court dismissing the action. Appeal dismissed.

Mario Bilodeau, for the plaintiffs, appellants.

Charles Cimon and Jacques Flynn, Q.C., for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—By their action appellants are seeking to be declared the owners of eight eighteenth (8/18) (that is, eight ninths (8/9) of the joint share of Bridget Martin in the immovable) of the eastern portion of lots 1 and 2 of the official register of Ancienne Lorette, except for certain parcels which need not be described here.

ment d'être déclarés propriétaires des huit neuvièmes de la part indivise de Bridget Martin dans l'immeuble. Les conclusions du jugement de la Cour supérieure rejetant l'action ont été confirmées en Cour d'appel qui a conclu que William Patrick était devenu propriétaire sans limitation quant aux actes à cause de mort de la part indivise de sa mère dans l'immeuble et que son testament en faveur de son fils a transmis à ce dernier la pleine propriété de l'immeuble, de sorte que les intimés en sont pleinement propriétaires. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Les dispositions du *Code civil* établissent que la prohibition d'aliéner, bien qu'en certains cas elle puisse constituer une substitution, ne nous amène pas nécessairement à cette conclusion. L'article 975 particulièrement prescrit que ce sont les textes de même que l'ensemble des circonstances qui permettent de déterminer l'étendue de la prohibition d'aliéner.

Que Dame Martin ait voulu garder la propriété dans la famille et qu'elle ait considéré que cet objet était suffisamment assuré par les termes du testament de son mari est une conclusion qui s'impose, puisqu'il est évident que les époux s'étaient concertés avant d'aller chez le notaire et avaient décidé que les clauses de leurs testaments se complèteraient les unes les autres.

APPEL d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine, province de Québec¹, confirmant un jugement de la Cour supérieure rejetant l'action. Appel rejeté.

Mario Bilodeau, pour les demandeurs, appelants.

Charles Cimon et Jacques Flynn, c.r., pour les défendeurs, intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Par leur action, les appelants demandent d'être déclarés propriétaires des huit dix-huitièmes (8/18) (soit huit neuvièmes (8/9) de la part indivise de Bridget Martin dans l'immeuble) de la partie est des lots numéros 1 et 2 du cadastre officiel de l'Ancienne Lorette, à l'exception de certaines parcelles qu'il n'est pas utile de décrire ici.

¹ [1973] C.A. 1120.

¹ [1973] C.A. 1120.

The decision of the Court of Appeal is reported in [1973] C.A. 1120. It suffices to note the following facts here:

- (1) plaintiffs are six children, and the heirs of two other children, of William Patrick O'Neill, the son of Bridget Martin and Thomas O'Neill;
- (2) William Patrick O'Neill was also the father of Thomas John O'Neill, who was the father of defendant-respondents;
- (3) Thomas O'Neill and Bridget Martin were married with community of property, in the absence of a marriage contract;
- (4) by wills dated September 29, 1894, Thomas O'Neill and Bridget Martin each bequeathed his or her share of the aforementioned immovable to their son William Patrick; the relevant clauses of these wills will be cited below;
- (5) William Patrick O'Neill in turn, by a will dated December 21, 1923, bequeathed the immovable to only one of his sons, Thomas John, and this estate devolved of November 28, 1947;
- (6) Thomas John O'Neill died on March 10, 1966, having bequeathed the immovable at issue to respondents by will.

Plaintiff-appellants submit that William Patrick O'Neill had the right, under the terms of his father's will, to appoint any of his children as legatee of this immovable, but that under the terms of his mother's will he did not have this right, as in the submission of plaintiff-appellants that will established a substitution in favour of all the children of William Patrick O'Neill, without a power of appointment. If plaintiff-appellants are correct, they are clearly entitled, as they allege, to eight ninths of the joint share of Bridget Martin O'Neill in the immovable.

The Superior Court dismissed the action, and the findings of that decision were unanimously upheld on appeal, but for different reasons. In my view, the decision of the Court of Appeal is unimpeachable, and must be affirmed.

Appellants base their action on clause V of the will of Bridget Martin O'Neill:

V I will and direct that my said sons John, James, Francis and William O'Neill shall under no circumstances be authorized to sell, mortgage or in any way alienate the above farms; at the exception of my said

L'arrêt de la Cour d'appel est rapporté à [1973] C.A. 1120. Il est suffisant de mentionner ici les faits suivants:

- 1) les demandeurs sont six enfants et les héritiers de deux autres enfants de William Patrick O'Neill, fils de Bridget Martin et de Thomas O'Neill;
- 2) William Patrick O'Neill était en outre père de Thomas John O'Neill, lui-même père des défendeurs-intimés;
- 3) Thomas O'Neill et Bridget Martin étaient mariés en communauté de biens, faute de contrat de mariage;
- 4) par testaments du 29 septembre 1894, Thomas O'Neill et Bridget Martin léguèrent chacun sa part de l'immeuble précité à leur fils William Patrick; les clauses pertinentes de ces testaments seront citées plus loin;
- 5) à son tour, par testament du 21 décembre 1923, William Patrick O'Neill légua cet immeuble à un seul de ses enfants, Thomas John, et cette succession s'ouvrit le 28 novembre 1947;
- 6) Thomas John O'Neill mourut le 10 mars 1966 ayant légué par testament aux intimés l'immeuble en litige.

Les demandeurs-appellants soumettent que William Patrick O'Neill, aux termes du testament de son père, avait le droit de désigner l'un ou l'autre de ses enfants comme légataire de cet immeuble mais qu'il n'avait pas ce droit aux termes du testament de sa mère, testament qui d'après les demandeurs-appellants constituait une substitution en faveur de tous les enfants de William Patrick O'Neill sans pouvoir de désignation. Si les demandeurs-appellants ont raison, ils ont évidemment droit comme ils l'allèguent, aux 8/9 de la part indivise de Bridget Martin O'Neill dans l'immeuble.

La Cour supérieure a renvoyé l'action et les conclusions de ce jugement ont été confirmées à l'unanimité en appel mais pour des motifs différents. A mes yeux, le jugement de la Cour d'appel est inattaquable et doit être confirmé.

Les appelants fondent leur action sur l'art. V du testament de Bridget Martin O'Neill:

[TRADUCTION] V Je veux et ordonne que mes dits fils John, James, Francis et William O'Neill ne soient en aucune circonstance autorisés à vendre, hypothéquer ou d'une façon quelconque aliéner les fermes ci-dessus; à

sons Francis and William, who will be at liberty to sell the piece of land in Valcartier, and also of my son James O'Neill, who is hereby authorized to hypothecate and mortgage that piece of land called the 'point' (out of Leclerc's farm) for the purpose of raising or borrowing money to pay his sister Julia O'Neill what he is bound to pay her according to his father's will.

They emphasize that this will was signed by the testatrix immediately after that of her husband, that they were both recorded by the same notary before the same witnesses, and that clause VIII of the will of Thomas O'Neill, which deals with the same subject-matter, reads differently, to wit:

VIII I will and direct that my said sons John, James, Francis and William O'Neill shall, not be authorized, on no circumstances, to sell, mortgage or alienate the said farms and that, at their respective death, the said farms or pieces of land shall become the property of their respective legal heirs; but if any of my said sons wish to will and bequeath his farm or land, he or any of them shall be at liberty to give it or any part of it to any of his child or children, as long as it will not be given to strangers. However, should my said sons Francis and William wish to sell the piece of land in Valcartier, they could sell it notwithstanding the present clause; & should my son James O'Neill want to raise or borrow money, to pay his said sister Julia O'Neill, he shall be authorized to mortgage and hypothecate the said piece of land called the "point" being the piece out of Leclerc's farm.

From this appellants conclude that this difference between the texts represents a difference of intent, and that the right Thomas O'Neill conferred on his legatee William Patrick, to choose between his children, was not conferred on the said William Patrick by Bridget Martin O'Neill.

The point of departure of appellants' argument is that the prohibition against alienation stated in clause V of the will of Bridget Martin O'Neill necessarily established a substitution. It is this point of departure which I find impossible to accept, as Section V of Chapter IV of Title II of the *Civil Code* provides, on the contrary, that the prohibition against alienation, though in certain cases it may establish a substitution, does not necessarily lead to that conclusion. On the contrary, as the relevant articles of the *Civil Code* provide, in particular art. 975, we must look at the

l'exception de mes dits fils Francis et William, qui seront libres de vendre le lopin de terre de Valcartier, et aussi de mon fils James O'Neill, qui est par les présentes autorisé à hypothéquer et mortgager le lopin de terre appelé la «pointe» (retranché de la ferme de Leclerc) aux fins de réunir ou emprunter des fonds pour payer à sa sœur Julia O'Neill ce qu'il est tenu de lui payer en vertu du testament de son père.

Ils soulignent que ce testament a été signé par la testatrice immédiatement après celui de son mari et que les deux ont été reçus par le même notaire devant les mêmes témoins et que l'art. VIII du testament de Thomas O'Neill, traitant de la même matière, se lit différemment, savoir:

[TRADUCTION] VIII Je veux et ordonne que mes dits fils John, James, Francis et William O'Neill ne soient autorisés, en aucune circonstance, à vendre, hypothéquer ou aliéner lesdites fermes et que, à leur décès respectif, lesdites fermes ou lopins de terre deviennent la propriété de leurs héritiers légaux respectifs; mais si un de mes dits fils désire léguer sa ferme ou terre, il est libre de la donner ou d'en donner partie à son enfant ou à n'importe qui parmi ses enfants, du moment que ce ne sera pas à des étrangers. Cependant, advenant que mes dits fils Francis et William désirent vendre le lopin de terre de Valcartier, ils pourront le vendre nonobstant la présente clause; et advenant que mon fils James O'Neill désire réunir ou emprunter des fonds, pour payer sa dite sœur Julia O'Neill, il sera autorisé à mortgager et hypothéquer le dit lopin de terre appelé la «pointe» qui est le lopin retranché de la ferme de Leclerc.

Les appelants en concluent que cette différence dans les textes établit une différence d'intention et que le droit accordé par Thomas O'Neill à son légataire William Patrick de choisir entre ses enfants n'a pas été accordé au même William Patrick par Bridget Martin O'Neill.

Le point de départ de l'argumentation des appelants est que la prohibition d'aliéner exprimée dans l'art. V du testament de Bridget Martin O'Neill constitue nécessairement une substitution. C'est ce point de départ qu'il m'est impossible d'accepter, la section V du chapitre IV du Titre II du *Code civil* établissant au contraire que la prohibition d'aliéner, bien qu'en certains cas elle puisse constituer une substitution, ne nous amène pas nécessairement à cette conclusion. Au contraire, comme le prescrivent les articles pertinents du *Code civil*, particulièrement l'art. 975, ce sont les textes de

texts and at the circumstances as a whole in order to determine the extent of the prohibition against alienation.

The Court of Appeal examined the texts and the circumstances and found that:

- (1) it is not possible to say definitely from clause V of the will of Bridget Martin O'Neill that she intended to extend the prohibition against alienation to acts *mortis causa*, or that she wished to limit it to acts *inter vivos*;
- (2) consideration must therefore be given to "the other attending circumstances" (Art. 975 C.C.) in order to determine the extent of the prohibition against alienation expressed by Bridget Martin O'Neill in her will;
- (3) in the case at bar, the most important circumstance is the body of provisions contained in the wills of the couple, signed the same day, before the same notary and the same witnesses;
- (4) in particular, in the will of Thomas O'Neill, consideration should be given to clause VIII, which expressly extends the prohibition against alienation to acts *mortis causa*, and creates a substitution in favour of the heirs of William Patrick O'Neill, who at the same time is given a power of appointment;
- (5) consideration must also be given to the other clauses in the two wills of the couple, clauses establishing that it was the intent of the two testators to avoid joint control.

Bearing in mind these circumstances the Court of Appeal held unanimously that William Patrick O'Neill, the legatee under his mother's will of a joint one-half interest in the immovable referred to in the pleadings, became the owner thereof without being subject to any limitation whatsoever as to acts *mortis causa*, and that his will in favour of his son Thomas John transmitted to the latter full ownership of the immovable, with the result that respondents now enjoy full ownership.

Rinfret J. said the following (at p. 1123):

[TRANSLATION] To me it would appear inconsistent that Dame Bridget Martin, having accompanied her husband to the office of the notary, Roy, and having, together with her husband, indicated in her will her desire to breach the joint tenancy by bequeathing to one of her sons her joint share in the property in question

même que l'ensemble des circonstances qui permettent de déterminer l'étendue de la prohibition d'aliéner.

La Cour d'appel s'est penchée sur les textes et les circonstances pour affirmer:

- 1) l'art V du testament de Bridget Martin O'Neill ne permet pas d'affirmer positivement qu'elle avait l'intention d'étendre la prohibition d'aliéner aux actes à cause de mort ni qu'elle voulait la limiter aux actes entre vifs;
- 2) il faut donc examiner «les autres circonstances» (art. 975 C.c.) pour déterminer l'étendue de cette prohibition d'aliéner stipulée par Bridget Martin O'Neill dans son testament;
- 3) la circonstance la plus importante en l'espèce est l'ensemble des dispositions contenues dans les testaments des époux Thomas O'Neill signés le même jour devant le même notaire et les mêmes témoins;
- 4) du testament de Thomas O'Neill, il faut retenir en particulier l'art. VIII qui étend expressément la prohibition d'aliéner aux actes à cause de mort et qui crée une substitution en faveur des héritiers de William Patrick O'Neill auquel en même temps est accordé un pouvoir de désignation;
- 5) doivent aussi être considérés les autres articles des deux testaments des époux O'Neill, articles qui établissent que ces deux testateurs avaient l'intention d'éviter l'indivision.

A la lumière de ces circonstances, la Cour d'appel conclut unanimement que William Patrick O'Neill, légataire aux termes du testament de sa mère de la moitié indivise de l'immeuble mentionné dans les procédures, en est devenu propriétaire sans limitation aucune quant aux actes à cause de mort et que son testament en faveur de son fils Thomas John a transmis à ce dernier la pleine propriété de l'immeuble de sorte que les intimés en sont maintenant pleinement propriétaires.

M. le juge Rinfret s'est exprimé en ces termes: (p. 1123)

Je trouverais inconsistant que Dame Bridget Martin, après avoir accompagné son époux chez le notaire Roy et avoir, de concert avec son mari, indiqué par son testament son désir de briser l'indivisibilité en laissant à l'un de ses fils, sa part indivise dans la propriété en question ici de la même façon que l'avait fait son époux,

here, in the same manner as her husband had done, intended to create a new and multiple joint tenancy in favour of her children, or failing that, of her grand children.

However, this inconsistency would follow from adopting the point of view of appellants.

Montgomery J., for his part, writes (at p. 1123):

I find it most probable that Dame Martin wished to keep the property in the family, as suggested by Appellants, but that she considered that this object was sufficiently assured by the terms of her husband's will. She may well have considered it unlikely that any of her sons would deliberately complicate the administration of his estate by leaving one-half of the property acquired from his parents to a child, as authorized by his father's will, and the other half to a stranger. If so, her trust was justified in the case of her son William Patrick, who left the property to one of his sons.

This is a necessary conclusion, since Thomas O'Neill and his wife had arrived at a common understanding before going to see the notary, and had decided that the clauses of their wills would complement each other. Thus, the other bequests of real property made in the two wills confer on each of the three other sons, John, James and Francis, the ownership of three different immovables, with each parent bequeathing to these sons his or her joint share in the immovable. So also, cl. VI of the will of Bridget Martin O'Neill ratifies the testamentary dispositions just made by her husband, as follows:

VI Considering that my husband, in his last will, has bequeathed and otherwise disposed of certain sums of money. I ratify the said legacies and dispositions and I will and direct that, should an inventory of my estate be required or asked for, I should be considered as having contributed for the half of said sums of money and so much will be accounted for as having been bequeathed by me for one half and by my husband for the other half.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Corribeau & Associates, Quebec.

ait eu l'intention de créer une nouvelle indivisibilité multiple en faveur de ses enfants ou à leur défaut ses petits enfants.

C'est pourtant à cette inconsistance que l'on arriverait si l'on adoptait le point de vue des appellants.

De son côté, M. le juge Montgomery écrit: (p. 1123)

[TRADUCTION] Je trouve des plus probable que Dame Martin ait voulu garder la propriété dans la famille, comme le suggèrent les appellants, mais qu'elle ait considéré que cet objet était suffisamment assuré par les termes du testament de son mari. Elle peut bien avoir considéré peu probable que l'un ou l'autre de ses fils complique délibérément l'administration de sa succession en laissant une moitié de la propriété acquise de ses parents à un enfant, tel qu'autorisé par le testament de son père, et l'autre moitié à un étranger. Si tel est le cas, sa confiance était justifiée dans le cas de son fils William Patrick, qui a laissé la propriété à un de ses fils.

Cette conclusion s'impose puisqu'il est évident que les époux Thomas O'Neill s'étaient concertés avant de se rendre chez le notaire et avaient décidé que les clauses de leurs testaments se compléteraient les unes les autres. C'est ainsi que les autres legs immobiliers stipulés dans les deux testaments attribuent à chacun des trois autres fils, John, James et Francis, la propriété de trois immeubles différents chacun des parents à ces fils sa part indivise dans ces immeubles. De la même manière, l'art. VI du testament de Bridget Martin O'Neill ratifie en ces termes les dispositions testamentaires que vient de faire son mari:

[TRADUCTION] VI Considérant que mon mari, dans son dernier testament, à légué et autrement cédé certaines sommes d'argent, je ratifie lesdits legs et actes de cession et veux et ordonne que, advenant qu'un inventaire de ma succession soit requis ou demandé, je sois considérée comme ayant contribué pour moitié aux dites sommes d'argent, et autant sera inventorié comme ayant été légué par moi pour moitié et par mon mari pour l'autre moitié.

Je renverrais l'appel avec dépens.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs des demandeurs, appellants: Corribeau & Associés, Québec.

Solicitors for the defendants, respondents:
Flynn, Rivard, Jacques, Cimon, Lessard &
LeMay, Quebec.

Procureurs des défendeurs intimés: Flynn,
Rivard, Jacques, Cimon, Lessard & LeMay,
Québec.

Her Majesty The Queen, in right of the Province of Ontario, represented by the Minister of Highways for the Province of Ontario (*Third Party*) *Appellant*;

and

Gabriel Côté (*Defendant*) *Respondent and Cross-Appellant*;

and

Anne Marie Millette and Caroline Millette by their next friend Rodrigue Millette and the said Rodrigue Millette, Xavier North by his next friend Rodrigue Millette and Philippe North (*Plaintiffs*) *Respondents*;

and

Constantinos Kalogeropoulos and James Karalekas as administrators of the estate of Angelo Karalekas (*Defendants*) *Respondents*;

and

Eric Silk, the Commissioner of the Ontario Provincial Police Force and Constable R. G. Hicks (*Third Parties*) *Respondents*.

1974: February 4, 5, 6; 1974: November 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Highways—Particular hazard—Knowledge and constructive notice of hazard—Duty of Highway Department to remedy or warn—The Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, s. 33(1).

Negligence—Police—Department of Highways—Causation—Contributory negligence—Apportionment of liability.

An accident occurred on a section of highway which was known to have a tendency to ice up with snow blowing across it and which had developed a coating of ice several hours previous to the accident. Despite knowledge of the hazardous condition of this short stretch of the highway by the police and an earlier accident no action had been taken by the Department of

Sa Majesté la Reine, du chef de la province de l'Ontario, représentée par le ministre de la Voirie de l'Ontario (*Mise en cause*) *Appelante*;

et

Gabriel Côté (*Défendeur*) *Intimé et appelant par incidence*;

et

Anne Marie Millette et Caroline Millette, par son représentant ad litem Rodrigue Millette et ledit Rodrigue Millette, Xavier North par son représentant ad litem Rodrigue Millette et Philippe North (*Demandeurs*) *Intimés*;

et

Constantinos Kalogeropoulos et James Karalekas, en leur qualité d'administrateurs de la succession d'Angelo Karalekas (*Défendeurs*) *Intimés*;

et

Eric Silk, le Commissaire de la sûreté provinciale de l'Ontario et le constable R. G. Hicks (*Mis en cause*) *Intimés*.

1974: les 4, 5 et 6 février; 1974: le 27 novembre.

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

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

Routes—Danger précis—Connaissance du danger et signalisation de ce dernier—Le ministre de la Voirie a l'obligation de remédier au danger ou de signaler sa présence—The Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, art. 33(1).

Négligence—Police—Ministère de la Voirie—Lien de causalité—Négligence contributive—Répartition de la responsabilité.

Un accident est survenu sur une section de route qui avait une tendance à geler lorsque le vent y poussait de la neige, et qui était effectivement recouverte d'une plaque de glace formée plusieurs heures avant l'accident. Malgré le fait que la police connaissait l'état hasardeux d'une courte section de la route et qu'un accident était survenu à cet endroit plus tôt dans la journée, le minis-

Highways. Côté driving at 60-65 m.p.h. was attempting to overtake four vehicles and when about to pass the fourth of them he noticed an approaching car, that of Mrs. Millette, coming out of a curve ahead. He realized, according to his account, that his car was on ice (however this was not accepted as a fact by the majority of the Court), managed to pull in behind the Kalogeropoulos car and reduced his speed, but not sufficiently to avoid striking the rear of the Kalogeropoulos vehicle which slewed across the road into the path of the Millette vehicle. At trial, Galligan J. found that Côté was negligent but that the slippery surface of the road was a serious contributing factor. Côté instituted third party proceedings against the Minister of Highways, Constable Hicks and the Commissioner of the Ontario Provincial Police and the trial judge found against the third parties for 75 per cent, apportioned two thirds against the Minister and one third against Hicks and the Commissioner. The Court of Appeal dismissed the appeal of the Minister but allowed that of Hicks and the Commissioner because in the opinion of the Court there was no causal connection between the acts of which the complaint was made and the happening of the accident.

Held: The appeal of the Minister of Highways for Ontario is allowed in part and the judgment of the Ontario Court of Appeal is varied to provide that as between the Minister and the respondent Côté the latter shall bear seventy-five per cent of the liability of Côté towards the successful plaintiffs and the Minister shall bear twenty-five per cent. The cross-appeal of Côté is dismissed with costs.

Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ., dissenting in part, would have held Côté solely to blame.

Pigeon and Beetz JJ., dissenting in part, would have affirmed the Ontario Court of Appeal and held Côté twenty-five per cent at fault and the Minister seventy-five per cent at fault.

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ.: That some of the events must have taken place before Côté entered the ice patch did not invalidate the concurrent findings against the Minister in the courts below. The trial judge had found that but for the ice the probability was that "Côté could have avoided striking Kalogeropoulos" and that if the impact had not occurred he, the trial judge, was certain that Kalogeropoulos would not have gone out of control to the extent that he did.

tère de la Voirie ne prit aucune mesure. Côté, qui circulait à une vitesse de 60 à 65 milles à l'heure, entreprit de dépasser quatre voitures. Il se préparait à dépasser la quatrième lorsqu'il a vu venir une voiture, celle conduite par M^{me} Millette, qui sortait d'une courbe en avant de lui. Selon sa version des faits, il s'est alors rendu compte que sa voiture était sur une surface glacée (cependant, la majorité de la Cour n'a pas considéré ceci comme un fait établi), mais il a réussi à se ranger derrière celle de Kalogeropoulos et il a réduit sa vitesse mais pas assez pour éviter de heurter la voiture de Kalogeropoulos qui a dévié de biais sur la chaussée dans la voie de la voiture de Millette qui venait en sens inverse. En première instance, le juge Galligan a conclu que Côté a été négligent, mais que l'état glissant de la chaussée a été un facteur contributif important. Dans la procédure de mise en cause instituée par Côté contre le ministère de la Voirie, le constable Hicks et le commissaire de la sûreté provinciale de l'Ontario, le juge a décidé que les mis en cause devaient supporter 75 pour cent des jugements et dépens et il a réparti la responsabilité pour les deux tiers contre le Ministre et pour le tiers contre Hicks et le Commissaire. La Cour d'appel a rejeté l'appel du Ministre mais a accueilli celui du constable Hicks et du commissaire parce qu'elle a considéré qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les actes reprochés et l'accident.

Arrêt: Le pourvoi du ministre de la Voirie de l'Ontario est accueilli en partie et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario est modifié de façon à prévoir qu'entre le Ministre et l'intimé Côté ce dernier doit supporter soixante-quinze pour cent de la responsabilité de Côté envers les demandeurs qui ont eu gain de cause et le Ministre doit supporter vingt-cinq pour cent. Le pourvoi incident de Côté est rejeté avec dépens.

Les juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré, dissidents en partie, auraient tenu Côté seul responsable.

Les juges Pigeon et Beetz, dissidents en partie, confirmeraient l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et imputeraient à Côté vingt-cinq pour cent de la faute et au Ministre soixante-quinze pour cent.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson: Quelques-uns des événements ont dû se produire avant que Côté ne parvienne sur la surface glacée, mais cela n'a pas pour effet d'écarter les conclusions concordantes des cours d'instance inférieure à l'encontre du Ministre. Le juge de première instance a conclu que s'il n'y avait pas eu de glace, selon toute probabilité, «Côté aurait pu éviter Kalogeropoulos» et que s'il n'y avait pas eu d'impact, il est certain que Kalogeropoulos n'aurait pas perdu la maîtrise de sa voiture à ce point.

While the duty of care required of the Minister of Highways is confined to reasonably foreseeable dangers, a reasonable person should have anticipated vehicle collisions resulting from the treacherous condition of this short stretch of much-travelled highway which was known to have a tendency to ice up. However imposition of some measure of liability on the Minister does not import recognition of any general duty to salt or sand highways but rests upon the narrower ground of permitting a particularly dangerous icy condition to continue at a particular location in the highway, otherwise passable, which was known to have a tendency to ice up.

Due to the inescapable conclusion that the Côté vehicle was not on ice when it pulled behind and struck the rear of the Kalogeropoulos vehicle Côté should bear a greater portion of the liability which was assessed at 75 per cent Côté, 25 per cent Minister of Highways.

Per Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ., dissenting in part: The accident took place on a part of the highway which was completely covered with a thin layer of ice. This ice extended the entire width of the highway for a distance of 625 feet. The impact between the Millette and Kalogeropoulos cars occurred 215 feet from the western end of the patch of ice, at each end of which the highway was dry and presented no driving problems. The unusual situation at the scene of the accident was blowing snow impelled by a north wind. The presence of Kalogeropoulos on the wrong side of the highway was caused by the Côté car striking a light blow at the rear of the Kalogeropoulos car after which impact, because of the ice, Kalogeropoulos was unable to regain control of his car.

Côté driving at a cruising speed of 60 m.p.h. in order to overtake the group of four cars also travelling east at speeds of 50-55 m.p.h. probably increased his speed to over 60 m.p.h., overtook three of the other cars, saw the lights of the Millette car coming towards him and then made a slightly sharper than usual turn to regain the right lane. In doing so he struck the Kalogeropoulos car. While Côté suggested that he was already on ice when he felt the rear of his car swerve, the evidence clearly indicated that as he stopped 215 feet from the western limit of the patch of ice all the events preceding the impact with Kalogeropoulos must have occurred on dry pavement. The accident was thus caused solely by the fault of Côté who did not have his car completely under control and was unable to avoid contact with the rear of the Kalogeropoulos car at a time when the latter could

Bien que l'obligation de diligence imposée au ministre de la Voirie soit limitée aux dangers raisonnablement prévisibles, une personne raisonnable aurait dû prévoir des collisions entre des voitures vu l'état hasardeux d'une courte section de route où la circulation est dense et qui a tendance à se couvrir de glace. Cependant, l'attribution d'un certain degré de responsabilité au Ministre n'est pas synonyme de reconnaissance de l'obligation générale de répandre du sel ou du sable sur les routes. Elle repose plutôt sur le fondement plus étroit qui consiste à permettre le maintien d'une situation particulièrement dangereuse vu qu'un endroit précis de la route qui, par ailleurs, était parfaitement convenable, avait tendance à se couvrir de glace.

En raison de la conclusion inévitable que la voiture de Côté n'était pas sur la surface glacée lorsqu'il s'est rangé derrière la voiture de Kalogeropoulos et l'a heurtée, le blâme imputé à Côté doit être accru; c'est pourquoi 75 pour cent de la responsabilité est attribuée à Côté et 25 pour cent au Ministre.

Les juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré, dissidents en partie: L'accident est arrivé à un endroit de la route complètement couvert d'une mince couche de glace. La glace s'étendait sur toute la largeur de la route, sur une longueur de 625 pieds. Le choc entre les voitures Millette et Kalogeropoulos s'est produit à 215 pieds de l'extrémité ouest de la plaque de glace, à chaque extrémité de laquelle la route était sèche et parfaitement carrossable. La cause de cette situation extraordinaire à l'endroit de l'accident était la poudrière poussée par un vent du nord. La présence de Kalogeropoulos du mauvais côté de la route a été causée par un choc léger à l'arrière de sa voiture par le devant de celle conduite par Côté. Après le choc, Kalogeropoulos n'était plus en mesure de maîtriser sa voiture à cause de la glace.

La vitesse de croisière de Côté était de 60 milles à l'heure; pour dépasser un groupe de quatre automobiles circulant vers l'est à une vitesse d'environ 50-55 milles à l'heure, Côté a probablement augmenté sa vitesse à plus de 60 milles à l'heure; il a dépassé trois des automobiles puis il a vu les phares de la voiture de Millette qui venait vers lui; pour revenir à sa droite, il a fait une déviation un peu plus aiguë que d'ordinaire et il a frappé la voiture de Kalogeropoulos. Côté a prétendu qu'il était déjà sur la glace lorsqu'il a senti l'arrière de sa voiture dévier, bien que la preuve démontre clairement que, puisqu'il s'est arrêté à un point situé à 215 pieds de la limite ouest de la plaque de glace, tous les événements qui ont précédé le choc avec la voiture de Kalogeropoulos se sont nécessairement produits sur du pavé sec. L'accident a donc été causé par la seule faute de Côté qui n'avait

no longer do anything to avoid collision with the Millette car. The Department of Highways could not, applying the test of reasonableness, have foreseen the combination in time and space of the factors which, taken together, resulted in the collision.

Per Pigeon and Beetz JJ., dissenting in part: Since the slight impact of the Côté and Kalogeropoulos vehicles would not have caused the Kalogeropoulos-Millette collision but for the icy condition of the highway, Côté's negligence was not the sole proximate cause of the accident. Further, as multiple or chain collisions are such frequent occurrences they must be regarded as predictable results of a treacherous icy condition on a short stretch of otherwise dry and safe highway. Foreseeability does not require that the particular way in which an accident occurs be anticipated.

The view that the initial slight impact occurred on the dry pavement rests on the premise that Côté correctly indicated the place where he brought his car to a stop. It conflicts with other facts which the trial judge accepted as proven, such as the short distance covered by the Kalogeropoulos car after the first impact. No valid reason was shown to justify an interference with the concurrent findings in the courts below.

[*University Hospital Board v. Lepine*, [1966] S.C.R. 561; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty. et al. (Wagon Mound No. 2)*, [1967] 1 A.C. 617 applied; *School Division of Assiniboine South No. 3 v. Hoffer*, [1971] 4 W.W.R. 746, appeal dismissed [1973] S.C.R. vi referred to.]

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing the appeal of the Minister of Highways but allowing the appeal of the Ontario Provincial Police from a judgment of Galligan J.² awarding contribution against the Minister and the Police on a third party claim. Appeal allowed in part, apportionment varied; cross-appeal dismissed with costs.

¹ [1972] 3 O.R. 224.

² [1971] 2 O.R. 155.

pas le contrôle parfait de sa voiture et qui n'a pu empêcher un contact avec l'arrière de la voiture Kalogeropoulos au moment où celui-ci ne pouvait plus rien faire pour éviter la collision avec la voiture Millette. Le ministère de la Voirie, guidé par le critère de l'homme raisonnable, ne pouvait imaginer que se rencontreraient dans le temps et dans l'espace tous ces facteurs qui, liés en gerbe, ont produit cet accident.

Les juges Pigeon et Beetz, dissidents en partie: Puisque le léger impact entre la voiture de Côté et celle de Kalogeropoulos n'aurait pu provoquer la collision Kalogeropoulos-Millette si la chaussée n'avait pas été glacée, la négligence de Côté n'a pas été la seule cause immédiate de l'accident. De plus, les carambolages ou collisions successives sont si fréquentes qu'ils sont des conséquences prévisibles de la présence de glace traîtresse sur une courte section d'une route par ailleurs sèche et sûre. La prévisibilité n'implique ni ne requiert qu'on ait effectivement prévu la façon précise dont l'accident se produit.

L'opinion selon laquelle l'impact initial s'est produit sur la chaussée sèche repose sur la prémisse que Côté a correctement indiqué l'endroit où il a immobilisé sa voiture. Elle vient en contradiction avec d'autres faits que le juge de première instance a tenu pour prouvés, telle la courte distance parcourue par la voiture Kalogeropoulos après le premier impact. Aucun motif n'a été établi nous justifiant d'écarter les conclusions sur les faits des tribunaux d'instance inférieure.

[Arrêts appliqués: *University Hospital Board c. Lepine*, [1966] R.C.S. 561; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty. et al. (Wagon Mound No. 2)*, [1967] 1 A.C. 617; arrêt mentionné: *School Division of Assiniboine South No. 3 v. Hoffer*, [1971] 4 W.W.R. 746, pourvoi rejeté [1973] R.C.S. vi]

POURVOI et POURVOI INCIDENT interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté un appel du ministre de la Voirie mais qui a accueilli un appel de la sûreté provinciale de l'Ontario interjetés à l'encontre d'un jugement du juge Galligan² qui avait tenu partiellement responsable le Ministre et la Sûreté à la suite d'une procédure de mise en cause. Pourvoi accueilli en partie, répartition modifiée; pourvoi incident rejeté avec dépens.

¹ [1972] 3 O.R. 224.

² [1971] 2 O.R. 155.

W. G. Gray, Q.C., and *K. D. Finlayson, Q.C.*, for the appellant Minister.

R. K. Laishley, Q.C., and *J. C. Barnabé*, for the respondent Côté.

J. R. M. Gautreau, for the respondents Millette et al.

W. M. Davis, for the respondent Kalogeropoulos.

B. Wright, and *J. T. McCabe*, for the respondents Silk and Hicks.

T. C. Tierney, for the respondent Karalekas.

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

DICKSON J.—These actions arise as a result of an accident which occurred on March 1, 1968, at approximately 6:45 p.m. on Trans-Canada Highway No. 17 at a point some nineteen miles east of Ottawa and five miles east of Rockland in the Province of Ontario. A vehicle operated by Gabriel Côté, proceeding in an easterly direction from Ottawa toward Montreal, drove into the rear of a vehicle operated by Constantinos Kalogeropoulos, proceeding in the same direction, causing it to cross into the oncoming or westbound traffic lane, where it came into violent head-on collision with a vehicle operated by Anne Marie Millette, proceeding westerly toward Ottawa. Two persons were killed and all other occupants of the Millette and Kalogeropoulos vehicles were seriously injured. The accident took place on a straight stretch of road, twenty-four feet in width with ten-foot shoulders. A short distance west of the accident scene Côté, driving at a speed of sixty to sixty-five miles an hour, overtook four slower moving vehicles and passed three of them. He was about to overtake the fourth, driven by Kalogeropoulos, when he caught sight of an approaching vehicle, that driven by Mrs. Millette, coming out of a curve ahead. He decided to pull in behind Kalogeropoulos; realized then for the first time, according to his account, that his car was on ice; managed to bring his car in behind that of Kalogeropoulos; reduced his speed, but not sufficiently to avoid striking the Kalogeropoulos vehicle which slewed across the

W. G. Gray, c.r., et *K. D. Finlayson, c.r.*, pour le Ministre appellant.

R. K. Laishley, c.r., et *J. C. Barnabé*, pour l'intimé Côté.

J. R. M. Gautreau, pour les intimés Millette et autres.

W. M. Davis, pour l'intimé Kalogeropoulos.

B. Wright, et *J. T. McCabe*, pour les intimés Silk et Hicks.

T. C. Tierney, pour l'intimé Karalekas.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Ces actions sont le résultat d'un accident survenu le 1^{er} mars 1968 vers 18 h 45 sur la route Transcanadienne N^o 17, à environ dix-neuf milles à l'est d'Ottawa et cinq milles à l'est de Rockland dans la province d'Ontario. Une voiture conduite par Gabriel Côté, se dirigeant vers l'est d'Ottawa à Montréal, a heurté l'arrière d'une voiture conduite dans la même direction par Constantinos Kalogeropoulos, le faisant ainsi dévier dans la voie ouest, où il heurta violemment de face une voiture conduite par Anne Marie Millette en direction ouest vers Ottawa. Deux personnes ont été tuées et tous les autres passagers dans les voitures de Millette et de Kalogeropoulos ont été grièvement blessés. L'accident est survenu sur une section droite de vingt-quatre pieds de large dont les accotements avaient dix pieds. Pas très loin à l'ouest du lieu de l'accident, Côté, circulant à une vitesse de soixante à soixante-cinq milles à l'heure, entreprit de dépasser quatre voitures circulant plus lentement et en a dépassé trois. Il se préparait à dépasser la quatrième, conduite par Kalogeropoulos, lorsqu'il a vu venir, sortant d'une courbe en avant de lui une voiture, celle qui était conduite par M^{me} Millette. Il décida de se ranger derrière la voiture de Kalogeropoulos; il s'est rendu compte alors pour la première fois, selon sa version, que sa voiture était sur une surface glacée. Il a réussi à ramener sa voiture derrière celle de Kalogeropoulos et il a réduit sa vitesse mais pas assez pour éviter de heurter la

road into the path of the oncoming Millette vehicle.

The icy patch was 625 feet in length and covered the full travelled portion of the highway. The collision between the Kalogeropoulos and Millette vehicles took place 215 feet from the western, or Ottawa-Rockland, end of the ice.

About two hours before the events which I have described a Mrs. Maisonneuve, driving east from Rockland, came upon the same patch of ice, skidded along it and ended up in the ditch on the opposite side of the road. Another car went off the road on the north side of the highway. Two others slipped off the south side of the highway. Constable R. G. Hicks of the Ontario Provincial Police Force first came upon the scene at about 4:45 p.m., helped to extricate the cars which had left the highway and returned to his detachment office at about 5:50 p.m. for supper, at which time he alerted the Department of Highways of the state of the road. He returned to the location of the accident after the accident, shortly before 7:00 p.m.

At the end of a lengthy trial Galligan J. found Côté negligent. He held that Côté's act of passing was the cause of the emergency and he should have turned off the road and onto the shoulder even at risk of injury to himself, rather than striking the rear of the Kalogeropoulos vehicle. In third party proceedings instituted by Côté against the Minister of Highways for the Province of Ontario and against Constable Hicks and his superior, Mr. Eric Silk, Commissioner of the Ontario Provincial Police Force, the judge found against the third parties for 75 per cent of the judgments and costs to which Côté was subjected. Fault as between the third parties was apportioned two-thirds against the Minister of Highways and one-third against Silk and Hicks.

A unanimous Court of Appeal dismissed the appeal of the Minister of Highways but allowed the appeal of the Police against their liability, there being no causal connection in the opinion of

voiture de Kalogeropoulos qui dévia de biais sur la chaussée dans la voie de la voiture de Millette qui venait en sens inverse.

La plaque de glace s'étendait sur une longueur de 625 pieds et recouvrait toute la partie carrossable de la route. La collision entre les voitures de Kalogeropoulos et Millette s'est produite à 215 pieds de l'extrémité ouest, ou du côté Ottawa-Rockland, de la plaque de glace.

Quelque deux heures auparavant, une certaine M^{me} Maisonneuve, allant vers l'est de Rockland, était arrivée sur la même plaque de glace et avait glissé pour aboutir dans le fossé du côté opposé du chemin. Une autre voiture avait quitté la route du côté nord de la voie. Deux autres voitures avaient dérapé du côté sud de la voie. Le constable R. G. Hicks de la Sûreté provinciale de l'Ontario s'était d'abord rendu sur les lieux vers 16 h 45; il avait aidé à dégager les voitures hors de la route et était retourné au bureau de son détachement vers 17 h 50 pour souper. Il a alors averti le ministère de la Voirie de l'état de la route. Après l'accident, il est retourné sur les lieux, un peu avant 19 heures.

A la fin d'un long procès, le juge Galligan a conclu à la négligence de Côté. Il a statué qu'en dépassant, Côté avait provoqué l'urgence et qu'il aurait dû quitter la chaussée et se diriger sur l'accotement au risque de se blesser plutôt que de heurter l'arrière de la voiture de Kalogeropoulos. Dans la procédure relative à tierce partie intentée par Côté contre le ministre de la Voirie de la province de l'Ontario et contre le constable Hicks et son supérieur, M. Eric Silk, commissaire de la sûreté provinciale de l'Ontario, le juge a décidé que les tierces parties devaient supporter 75 pour cent des jugements et les dépens auxquels Côté avait été condamné. La responsabilité entre les tierces parties a été répartie pour les deux tiers contre le ministre de la Voirie et pour le tiers contre Silk et Hicks.

La Cour d'appel a unanimement rejeté l'appel du ministre de la Voirie mais a accueilli l'appel de la Sûreté à l'encontre de sa responsabilité, la Cour considérant qu'il n'y avait pas de lien de causalité

the Court between the acts of which the complaint was made and the happening of the accident. The acts complained of, insofar as the Police were concerned, included failure to appreciate the situation of danger which existed on the highway, failure to warn persons using the highway of that danger, failure to report the danger to the Department of Highways with promptitude and in a manner which would reflect the gravity of the situation.

In this Court the appellant Minister of Highways asks that the judgment against appellant at trial and on appeal be set aside. Côté in a cross-appeal asks that the judgments against Silk and Hicks be restored.

It is, I believe, the opinion of all members of the Court that the cross-appeal by Côté must fail. The only question of substance is the liability of the Minister of Highways. I have had the opportunity of reading the reasons prepared by my brother de Grandpré, and I agree with him that all of the events which Côté described as having occurred on the patch of ice could not have occurred within a distance of 215 feet. Indeed Côté concedes as much. Some of those events must have taken place before Côté entered upon the ice but in the view which I take of the case, this does not invalidate the concurrent findings against the Minister in the courts below. The analysis of the evidence made by my brother de Grandpré serves in my opinion to increase the degree of culpability of Côté but does not serve to absolve the Minister of Highways entirely.

It may be helpful to recall certain findings of the trial judge and I quote from his judgment:

- (1) *It is my opinion that had the ice not been there, in all probability Mr. Côté could have avoided striking Kalogeropoulos or if he could not have avoided striking him, I am certain that Kalogeropoulos would not have gone out of control to the extent which he did and would not have crossed the road onto the north half.* (Emphasis added)
- (2) While I find that Mr. Côté was negligent it is my opinion, as indicated, that the condition of the roadway was a very serious and material factor in the accident.

entre les actes reprochés et l'accident. Les actes reprochés, en ce qui concerne la Sûreté, comprenaient le défaut d'apprécier le danger qui existait sur la grande route, l'omission de prévenir les personnes circulant sur la route du danger et d'en avertir le ministre de la Voirie avec promptitude et d'une façon qui aurait reflété la gravité de la situation.

Devant cette Cour, l'appelant, le ministre de la Voirie, demande que le jugement contre lui en première instance et en appel soit infirmé. Dans un pourvoi incident, Côté demande que les jugements contre Silk et Hicks soient rétablis.

L'opinion de tous les membres de la Cour est, je crois, que le pourvoi incident de Côté doit être rejeté. La seule question importante est la responsabilité du ministre de la Voirie. J'ai eu l'occasion de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge de Grandpré et je suis d'accord avec lui que tous les événements que Côté a décrits comme étant survenus sur la plaque de glace n'ont pu se produire sur une distance de 215 pieds, chose d'ailleurs admise par Côté. Quelques-uns ont dû se produire avant que Côté ne parvienne sur la surface glacée, mais, en raison de ma position en l'espèce, cela n'a pas pour effet d'écarter les conclusions concordantes des cours d'instance inférieure à l'encontre du Ministre. L'analyse de la preuve faite par mon collègue le juge de Grandpré contribue, à mon avis, à augmenter le degré de faute de Côté sans toutefois exonérer complètement le ministre de la Voirie.

Il peut être utile de citer certaines conclusions du juge de première instance:

- [TRADUCTION] 1) *Je suis d'opinion que s'il n'y avait pas eu de glace, selon toute probabilité, M. Côté aurait pu éviter Kalogeropoulos ou s'il n'avait pu l'éviter, je suis certain que Kalogeropoulos n'aurait pas perdu la maîtrise de sa voiture à ce point et qu'il n'aurait pas traversé la route du côté nord.* (Les italiques sont de moi)
- 2) Bien que je conclue que M. Côté a été négligent, je suis d'avis, comme je l'ai indiqué, que l'état de la chaussée a été un facteur important.

- (3) At a few places on this highway I find that there was a tendency for surface snow to be blown onto the highway when a strong north breeze was blowing. When the snow was blown onto the highway it would be packed down by passing traffic and would become slippery. These conditions naturally become worse in late February and early March when the sun was becoming warm again. Because during the day the sun would melt the snow, and in the late afternoon and early evening as the sun went down the melted areas would freeze and become treacherously slippery. I find that these conditions regularly occurred at two main areas on highway No. 17 between Ottawa and the scene of the accident (which is a distance of approximately 30 miles). One of these areas is located some considerable distance to the west of the scene of the accident at a place known as Edgewater curves. The other area where this condition developed regularly was at the scene of this accident.
- (4) There is no question that this patch did not suddenly develop. There is no doubt on the evidence that it was there at least two hours before this accident and there is no question in my mind that it must have taken a considerable period of time before that to have developed.
- (5) I have no hesitation in coming to the conclusion that this tendency of the highway to become treacherously slippery at this place under certain weather conditions was one which was well known to the police officers who patrolled the area. In my opinion it was one which either was known to the servants of the Department of Highways whose duty it was to keep that area of the highway in repair or it was one that ought to have been known to them. The evidence leaves me with no doubt that the area where the accident occurred was one of a very few areas on a long stretch of highway that called for special attention by the highway authorities. I can see no reason why they would not have been able to know that in all probability a dangerous situation must have been developing through the day of March 1, 1968.
- (6) I make the observation in passing that the Department of Highways' premises were located not more than two or three miles from the scene of this accident. The fact that this highway is extremely busy on Friday nights is something which made the condition even more hazardous and more likely to cause an accident that night. This is a factor that would have been in the mind of a reasonable man.
- 3) A quelques endroits sur cette route, je constate que la poudrière est parfois poussée sur la route par un fort vent du nord. Quand la neige est poussée sur la route, elle est tassée par les voitures et la chaussée devient glissante. Naturellement, à la fin de février et au début de mars, le soleil plus chaud amplifie ces conditions. En effet, sous l'action du soleil, la neige fond, et à la fin de l'après-midi et au début de la soirée, au coucher du soleil, les endroits où la neige a fondu gèlent et deviennent dangereusement glissants. Je constate que ces conditions se reproduisent régulièrement surtout à deux endroits sur la route N° 17 entre Ottawa et le lieu de l'accident (soit une distance d'environ 30 milles). Un de ces endroits est situé assez loin à l'ouest du lieu de l'accident à un endroit appelé les courbes d'Edgewater. L'autre endroit où cet état de chose se produit régulièrement est le lieu de cet accident.
- 4) Il est certain que cette plaque de glace n'est pas apparue soudainement. Selon la preuve, il n'y a pas de doute qu'elle était là au moins deux heures avant cet accident et personnellement je suis certain qu'il a dû s'écouler une période de temps assez longue avant que la plaque de glace ne se forme.
- 5) Je conclus sans hésiter que cette tendance de la chaussée à devenir traîtreusement glissante à cet endroit sous l'action de certaines conditions atmosphériques était un fait notoire pour les constables qui patrouillaient la région. A mon avis, ce fait était à la connaissance des employés du ministère de la Voirie qui avaient l'obligation de maintenir cette partie de la route en bon état ou il aurait dû l'être. La preuve ne laisse subsister aucun doute que l'endroit où l'accident s'est produit était l'un des quelques rares endroits sur une longue section de la route qui requéraient une attention spéciale des responsables de la voirie. Je ne vois aucune raison pour laquelle ils n'auraient pu prévoir que selon toute probabilité l'état de la route deviendrait dangereux au cours de la journée du 1^{er} mars 1968.
- 6) Je note en passant que les locaux du ministère de la Voirie sont situés à moins de deux ou trois milles du lieu de l'accident. Le fait que la circulation sur cette route est extrêmement dense le vendredi soir est un élément qui rendait l'état de la route encore plus périlleux et plus susceptible de provoquer un accident cette nuit-là. C'est un fait qu'un homme raisonnable aurait dû avoir à l'esprit.

The judge observed that no evidence has been called by the Department of Highways to advise the Court of the patrols or inspections made, or to dispute the evidence that this area of highway had a dangerous tendency to ice up. The judge summarized his findings in these words:

On evidence I find as a fact that the particular piece of road had a tendency to ice up in certain weather conditions. That when the highway iced up, it was treacherous and dangerous and very likely to cause an accident. I find that on March 1st, 1968 at the time of this accident the road had iced up, that it was treacherous, slippery and dangerous and that this condition had existed for some hours before the unfortunate accident. I further find that the road at the point of the accident was straight and level and a suitable place for passing. The road at the time of the accident was in such an extremely dangerous and hazardous condition that it was dangerous for persons making lawful use of the highway and taking reasonable care for their own safety. The slippery stretch for some reason was difficult for a motorist to see from any distance. Indeed, I do not think any of the motorists who testified as to passing over it saw the icy patch before they were on it. It is my opinion that the servant of the Department of Highways knew or ought to have known of this very dangerous tendency to ice up.

Imposition of some measure of liability upon the Minister of Highways does not import recognition of any general duty to salt or sand highways, failure in the discharge of which would expose the Minister to civil claims. Recovery against the Minister in this case rests upon narrower ground, characterized by Aylesworth J.A. in the Court of Appeal as:

... a highly special dangerous situation at a certain location in the highway which otherwise, to persons reasonably using the same, was quite passable and usable for traffic.

I agree with the statement of Aylesworth J.A. that

In the absence of any evidence or explanation from the Department with respect to that dangerous special situation, and in view of the evidence actually adduced that the police knew of the situation approximately two hours before the regrettable accident involved in these

Le juge a fait remarquer que le ministère de la Voirie n'avait assigné aucun témoin pour renseigner le tribunal sur les patrouilles ou inspections faites, ou pour contester la preuve que cette partie de la route avait une tendance dangereuse à geler. Le juge a résumé ses conclusions en ces mots:

[TRADUCTION] D'après la preuve, je conclus que c'est un fait que cet endroit particulier de la route avait une tendance à geler sous l'effet de certaines conditions atmosphériques et que lorsque la chaussée gelait, elle était traître, dangereuse et très susceptible de causer un accident. Je conclus que le 1^{er} mars 1968, au moment de l'accident, la route était devenue couverte de glace, qu'elle était traître, glissante et dangereuse et que cette condition existait depuis quelques heures avant le malheureux accident. Je conclus de plus que la route à l'endroit de l'accident était droite et au niveau et qu'elle se prêtait bien au dépassement. La route, au moment de l'accident, était dans un état extrêmement dangereux et périlleux et constituait un danger pour des personnes qui y circulaient légalement et qui prenaient les précautions raisonnables en vue de leur propre sécurité. Pour le conducteur d'un véhicule, la partie glacée de la route était pour quelque raison difficile à voir à distance. De fait, je crois qu'aucun des conducteurs qui ont témoigné avoir passé sur la plaque de glace, ne l'a vue avant de l'atteindre. Je suis d'avis que l'employé du ministère de la Voirie connaissait ou aurait dû connaître cette tendance très dangereuse de la route à se couvrir de glace.

L'attribution d'un certain degré de responsabilité au ministère de la Voirie n'est pas synonyme de reconnaissance de l'obligation générale de répandre du sel ou du sable sur les routes, dont le manquement pourrait exposer le Ministre à des poursuites civiles. En l'espèce, le recours contre le Ministre repose sur un fondement plus étroit, que le juge d'appel Aylesworth a qualifié en cette cour-là comme:

[TRADUCTION] ... une situation particulière extrêmement dangereuse à un certain endroit de la route qui par ailleurs était parfaitement convenable pour les personnes y circulant de façon raisonnable.

Je suis d'accord avec l'énoncé du juge d'appel Aylesworth que

[TRADUCTION] En l'absence de témoignage ou d'explication du ministère à l'égard de cette situation particulière dangereuse, et compte tenu de la preuve effectivement faite que la police était au courant de la situation environ deux heures avant l'accident qui fait l'objet des

proceedings occurred and, further, that the police were aware that day, through previous experience in patrolling the highway, that the weather conditions were such as most likely to bring about at this particular location the actual dangerous situation which indeed resulted, we conclude that the same knowledge was available to the Department itself from any reasonable system of patrol or supervision and that the Department is chargeable in law with a failure to maintain the highway—at the dangerous point—within the provisions of the Highway Improvement Act in that regard; . . .

The duty of care which rests upon the Minister of Highways admittedly is confined to reasonably foreseeable dangers, the broad general test being that enunciated by this Court in *University Hospital Board v. Lépine*³, at p. 579, “whether a reasonable person should have anticipated that what happened might be a natural result of that act or omission”. If one applies that test to the present case, what happened here was a series of collisions between motor vehicles. The impugned act or omission lay in permitting to continue for some hours a “treacherous, slippery and dangerous” icy condition upon a short stretch of much-travelled highway with a known tendency to ice up. It would seem to me that a reasonable person, familiar with Canadian winters, should have anticipated a vehicle collision or collisions as the natural, and indeed probable, result of such a condition of manifest danger. It is not necessary that one foresee the “precise concatenation of events”; it is enough to fix liability if one can foresee in a general way the class or character of injury which occurred: *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty. (Wagon Mound No. 2)*⁴; *School Division of Assiniboine South No. 3 v. Hoffer*⁵, appeal to this Court dismissed.

From all of the evidence one can only conclude that the impact between the cars of Côté and Kalogeropoulos was slight. The photographs and the amount of the repair bill attest to that. The collision occurred on the icy patch with the result

³ [1966] S.C.R. 561.

⁴ [1967] 1 A.C. 617.

⁵ [1971] 4 W.W.R. 746, appeal dismissed, [1973] S.C.R. vi.

présentes et, de plus, étant donné que la police savait ce jour-là, en raison de ce qu'elle avait constaté auparavant en patrouillant la route, que les conditions atmosphériques étaient telles qu'elles étaient susceptibles de provoquer à cet endroit particulier une situation vraiment dangereuse qui de fait s'est produite, nous concluons que les mêmes faits étaient à la portée du ministère de la Voirie lui-même en utilisant toute méthode raisonnable de patrouille ou de surveillance. Le ministère est donc légalement responsable du défaut d'entretien de la route—à cet endroit dangereux—conformément aux dispositions à ce sujet du Highway Improvement Act; . . .

Il est admis que l'obligation de diligence imposée au ministre de la Voirie est limitée aux dangers raisonnablement prévisibles. Le critère général est celui que cette Cour a énoncé dans l'arrêt *University Hospital Board c. Lépine*³ à la p. 579 [TRADUCTION] «à savoir si une personne raisonnable aurait dû prévoir que ce qui est arrivé pouvait découler naturellement de cet acte ou de cette omission». Si on applique ce critère en l'espèce, ce qui est arrivé ici est une série de collisions entre des voitures. L'acte ou l'omission en question consiste à laisser subsister durant quelques heures, sur une courte section de route où la circulation est dense et qui a tendance à se couvrir de glace, une chaussée glacée «traître, glissante et dangereuse». Il me semble qu'une personne raisonnable, connaissant l'hiver canadien, aurait dû prévoir qu'un tel état de danger manifesterait naturellement et même probablement une ou plusieurs collisions. Il n'est pas nécessaire de prévoir [TRADUCTION] «le concours exact de circonstances»; pour attribuer une responsabilité, il est suffisant d'avoir pu prévoir de façon générale la catégorie ou le caractère des dommages qui se sont produits: *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty. (Wagon Mound No. 2)*⁴, *School Division of Assiniboine South No. 3 v. Hoffer*⁵, pourvoi à cette Cour rejeté.

D'après l'ensemble de la preuve, on peut seulement conclure que l'impact entre les voitures de Côté et Kalogeropoulos a été léger. Les photographies et le montant de la facture des réparations en témoignent. La collision s'est produite sur la

³ [1966] R.C.S. 561.

⁴ [1967] 1 A.C. 617.

⁵ [1971] 4 W.W.R. 746, pourvoi rejeté, [1973] R.C.S. vi.

that the Kalogeropoulos vehicle was impelled broadside across the highway. It is inconceivable that the same results would have followed if the collision had occurred on dry pavement. I consider the Minister of Highways must bear some responsibility for what occurred; but the increased blameworthiness attributable to Côté due to the inescapable conclusion that his vehicle was not on ice when it pulled in behind the vehicle of Kalogeropoulos suggests that a diminished burden should be borne by the Minister. As between Côté and the Minister of Highways, I would apportion liability seventy-five per cent to Côté, twenty-five per cent to the Minister. I would vary the judgment of the Ontario Court of Appeal to provide that as between the Minister and Côté the latter should bear seventy-five per cent of the liability of Côté towards the successful plaintiffs and the Minister should bear twenty-five per cent. The costs of all parties in all courts should be paid by Côté and by the Minister in like proportions. I would dismiss the cross-appeal of Côté with costs.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting in part*)—The four actions before the Court are the result of a highway accident which took place between Ottawa and Montreal, about five miles east of Rockland, at about 6:30 p.m. on March 1, 1968. This accident caused the death of two persons, and injured four others.

The victims were the occupants of one or other of the following cars: a Mercedes driven by Anne Marie Millette, travelling west from Montreal to Ottawa, and a Chevrolet driven by Constantinos Kalogeropoulos, travelling in the opposite direction, namely to the east. A third car was involved, that of Côté, and it was going east also.

The Millette car was driving on its side of the highway, that is the north side, and there is no question that its driver was without fault. This was the view of all parties, and the conclusion of all the judges who dealt with the point.

plaque de glace et la voiture de Kalogeropoulos a été projetée de travers de l'autre côté de la route. Il est inconcevable que le résultat aurait été le même si la collision s'était produite sur une chaussée sèche. Je considère que le ministre de la Voirie doit supporter une certaine responsabilité pour ce qui est arrivé; mais le blâme imputé à Côté est accru en raison de la conclusion inévitable que sa voiture n'était pas sur la surface glacée lorsqu'il s'est rangé derrière la voiture de Kalogeropoulos et la responsabilité du Ministre est diminuée. Entre Côté et le ministre de la Voirie, j'attribuerais soixante-quinze pour cent de la responsabilité à Côté et vingt-cinq pour cent au Ministre. Je modifierais l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario de sorte qu'entre le Ministre et Côté ce dernier supporterait soixante-quinze pour cent de la responsabilité envers les demandeurs qui ont eu gain de cause et le Ministre devrait en supporter vingt-cinq pour cent. Les dépens de toutes les parties dans toutes les cours seront payés par Côté et par le Ministre dans des proportions égales. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident de Côté avec dépens.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident en partie*)—Les quatre actions qui nous sont soumises sont le résultat d'un accident de la route survenu entre Ottawa et Montréal, à environ cinq milles à l'est de Rockland, le 1^{er} mars 1968, vers 18.30 heures. Cet accident a entraîné la mort de deux personnes et des blessures à quatre autres.

Les victimes étaient les occupantes de l'une ou l'autre des voitures suivantes: une Mercedes conduite par Anne Marie Millette se dirigeant vers l'ouest de Montréal à Ottawa; une Chevrolet conduite par Constantinos Kalogeropoulos procédant en sens inverse, c'est-à-dire vers l'est. Une troisième voiture a été impliquée, celle de Côté procédant elle aussi vers l'est.

La voiture Millette était conduite de son côté de la route, c'est-à-dire du côté nord et il ne fait aucun doute que son conducteur n'a commis aucune faute. C'est là l'avis de toutes les parties, et la conclusion de tous les juges qui se sont prononcés sur le point.

At the time the accident occurred, the Kalogeropoulos car was on the wrong side of the highway, at an angle of 45 degrees, that is to say north-east. At first glance, needless to say, Kalogeropoulos should be found at fault, unless he can establish that his presence on the wrong side of the highway cannot be imputed to him. This was the conclusion reached by both the trial judge and the Court of Appeal, and it seems a valid one for the reasons I shall now indicate.

The accident took place on a part of the highway which was completely covered with a thin layer of ice. The measurements established that this ice extended the entire width of the highway, for a distance of 625 feet, and that the impact between the Millette and Kalogeropoulos cars occurred at almost exactly where they were found, namely 215 feet from the western end of this patch of ice. The evidence also demonstrated, and this was accepted by the lower courts, that at each end of the sheet of ice the highway was dry and presented no driving problems. The cause of this unusual situation at the scene of the accident was blowing snow impelled by a north wind.

The presence of Kalogeropoulos on the wrong side of the highway was caused by a light blow at the rear of his car from the front of the Ambassador car driven by Côté. Because of the ice, Kalogeropoulos was unable to do anything to regain control of his car when this blow occurred.

The lower courts have found that Côté should be held liable, partly at least, for this light collision between his car and that of Kalogeropoulos. I am entirely in agreement with that finding.

The real problem is to decide whether Côté was solely liable, or whether part of the liability should be borne, either by the Department of Highways, or the Police, or both, jointly and severally with Côté.

The trial judge found that these three parties, Côté, the Department of Highways and the Police, were jointly and severally liable. The Court of

Au moment de l'accident, la voiture Kalogeropoulos était de son mauvais côté de la route, dans un angle d'environ 45 degrés, c'est-à-dire nord-est. Il va de soi que, à première vue, Kalogeropoulos devrait être trouvé en faute à moins qu'il ne soit en mesure d'établir que sa présence du mauvais côté de la route ne peut lui être impliquée. C'est la conclusion à laquelle en sont arrivés et le juge de première instance et la Cour d'appel et cette conclusion, pour les raisons qui vont maintenant apparaître, me semble bien fondée.

L'accident est arrivé à un endroit de la route où celle-ci était complètement couverte d'une mince couche de glace. Les mesures établissent que cette glace s'étendait sur toute la largeur de la route, pour une longueur de 625 pieds, et que le choc entre les voitures Millette et Kalogeropoulos s'est produit à peu près là où elles ont été trouvées, c'est-à-dire à 215 pieds de l'extrémité ouest de cette plaque de glace. La preuve a aussi révélé, et cela a été accepté par les tribunaux inférieurs, que la route à chaque extrémité de cette plaque était sèche et parfaitement carrossable. La cause de cette situation extraordinaire à l'endroit de l'accident était la poudrière poussée par un vent du nord.

La présence de Kalogeropoulos du mauvais côté de la route a été causée par un choc léger à l'arrière de sa voiture par le devant de la voiture Ambassador conduite par Côté. Ce choc est survenu alors que Kalogeropoulos n'était plus en mesure de faire quoi que ce soit à cause de la glace pour reprendre le contrôle de sa voiture.

Les tribunaux inférieurs en sont venus à la conclusion que Côté devait être tenu responsable, au moins partiellement, de ce léger impact entre sa voiture et celle de Kalogeropoulos. Avec cette conclusion, je suis complètement d'accord.

Le vrai problème est de déterminer si Côté a été le seul responsable ou si partie de la responsabilité doit être portée, soit par le ministère de la Voirie, soit par la police, soit par les deux solidairement avec Côté.

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité solidaire de ces trois parties: Côté, le ministère de la Voirie et la police. La Cour d'appel

Appeal did not entirely share this view, and concluded that the Police could not be liable at law because the record did not show that, if they had acted differently, the result would have been any different; in the opinion of the Court of Appeal, this absence of a causal connection between the silence of the Police regarding a situation of which they were aware and the lack of any action by the Department of Highways, justified a corresponding modification of the judgment rendered at first instance.

With respect, I cannot share the conclusion of the lower courts that Côté was not the only person responsible for the accident and the consequences thereof. In my view his negligence was the sole proximate cause of the accident, and I would dispose of the various appeals on the basis of this finding.

In doing so I realize I am setting aside the concurrent findings of the lower courts. To do this, I rely on the well-known passage from the judgment of Taschereau J. in *North British & Mercantile Insurance Company v. Louis Tourville et al.*⁶, a decision which was subsequently followed on several occasions, particularly in *The Union Marine & General Insurance Company Limited v. Alex Bodnorchuk and Steve Nawakowsky*⁷. I realize also that in his judgment the learned trial judge several times emphasizes the manner in which Côté testified, and states that he accepts the latter's explanations concerning most of the facts related by him. As to this I would stress three points:

- (1) in reading the evidence I willingly accepted the good faith of Côté, and his efforts to assist the courts; the fact remains that in reading a transcript such as that before this Court, the evidence must be seen in the light of what common sense tells us is physically possible;
- (2) the trial judge himself, though giving Côté the greatest possible credence, had to dismiss his testimony on a major point, namely the existence of guard rails on the south side of the highway at the place where the accident occurred, and along the few hundred feet west of this location;

n'a pas partagé entièrement cette façon de voir et a conclu que la police ne pouvait être responsable en droit parce que le dossier ne révélait pas que, si sa conduite avait été différente, le résultat n'aurait pas été celui que nous connaissons; cette absence de lien de causalité entre le silence de la police devant une situation qu'elle connaissait et l'absence de mesures de la part du ministère de la Voirie justifiait aux yeux de la Cour d'appel la modification pour autant du jugement de première instance.

Avec respect, je ne puis partager la conclusion des tribunaux inférieurs que Côté n'a pas été la seule personne responsable de l'accident et de ses suites. A mon avis, sa négligence a été la seule cause déterminante de l'accident et je disposerais des différents appels à partir de cette conclusion.

Ce faisant, je n'ignore pas que je mets de côté les conclusions concordantes des tribunaux inférieurs. Et je m'appuie pour ce faire sur le passage bien connu du jugement de M. le juge Taschereau dans l'affaire *North British & Mercantile Insurance Company c. Louis Tourville et autres*⁶, jugement qui a été suivi par la suite à de nombreuses reprises, particulièrement dans *The Union Marine & General Insurance Company Limited c. Alex Bodnorchuk et Steve Nawakowsky*⁷. Je n'ignore pas non plus que l'honorable juge de première instance, à plusieurs reprises dans son jugement, souligne la façon dont Côté a témoigné et déclare accepter ses explications quant à la plupart des faits récités par ce témoin. A ce sujet, je veux souligner trois points:

- 1) Dans mon examen de la preuve, j'ai accepté d'emblée la bonne foi de Côté et ses efforts pour éclairer les tribunaux; il reste que dans l'étude d'un dossier comme celui qui nous est soumis, il faut lire la preuve à la lumière de ce que le bon sens nous révèle comme physiquement possible;
- 2) Le juge de première instance lui-même, après avoir accordé toute la créance possible à Côté, a dû écarter son témoignage quant à un point majeur, savoir l'existence de contre-rails du côté sud de la route à l'endroit de l'accident et dans les quelque cent pieds à l'ouest de cet endroit;

⁶ (1895), 25 S.C.R. 177.

⁷ [1958] S.C.R. 399.

⁶ (1895), 25 R.C.S. 177.

⁷ [1958] R.C.S. 399.

- (3) the evidence before the courts in litigations arising out of automobile accidents is concerned both with points that are easy to verify, and with others that are much less straightforward, given the fluid character of the events; in the present case it is common ground, the fact having been admitted by Côté on three occasions, that he stopped his car opposite the Millette and Kalogeropoulos cars, that is about 215 feet from the western end of the patch of ice, though his cruising speed was 60 m.p.h., or even a little more.

The starting point of a searching study of the evidence was an observation made by Côté in his testimony, when he was asked whether he thought everything he had described could have taken place within a distance of 215 feet. Quite candidly, he replied he did not see how that was possible.

The principal facts indicated by the evidence must therefore be recited:

- at the location of the accident the highway runs straight for over two miles to the west, and about 750 feet to the east;
- it is for all practical purposes level, though there is a slight gradient from west to east, which is not significant in the circumstances;
- the pavement is 24 feet wide, and each shoulder is 10 feet;
- Côté's cruising speed was about 60 m.p.h.;
- at that speed he caught up with a group of four cars which were also travelling east, at a speed of 50-55 m.p.h.;
- Côté decided to overtake these cars, and did overtake three of them before pulling back to his right behind the leading one, driven by Kalogeropoulos;
- the identity of the driver of the last car in the line of four is established; it was driven by the witness Hisey, who was travelling about five car lengths behind the car immediately in front of him; there is no evidence as to the spacing between the three other cars in the line;
- in order to overtake, Côté probably increased his speed to over 60 m.p.h.;

- 3) La preuve devant les tribunaux dans un litige faisant suite à un accident d'automobile porte à la fois sur des points faciles à vérifier et sur d'autres qui le sont beaucoup moins étant donné la fluidité des événements; en l'espèce, il est acquis au débat, et cela de l'aveu même de Côté à trois reprises, qu'il a immobilisé sa voiture vis-à-vis les automobiles Millette et Kalogeropoulos, c'est-à-dire à environ 215 pieds de l'extrémité ouest de la plaque de glace alors que sa vitesse de croisière était de 60 milles à l'heure et même un peu plus.

Le point de départ de l'examen minutieux de la preuve a été une réflexion de Côté lors de son témoignage alors qu'on lui demandait s'il croyait possible que tout ce qu'il avait déclaré se soit passé dans une longueur de 215 pieds. Très candidement, il a répondu qu'il ne voyait pas comment cela était possible.

Il faut donc réciter les faits majeurs révélés par la preuve:

- la route à l'endroit de l'accident est droite pour au-delà de deux milles vers l'ouest et pour environ 750 pieds vers l'est;
- elle est, à toutes fins pratiques, de niveau bien qu'il y ait une très légère déclivité d'ouest en est qui n'a aucune importance en l'espèce;
- le pavage a 24 pieds de large et chaque accotement 10 pieds;
- la vitesse de croisière de Côté se situait aux environs de 60 milles à l'heure;
- à cette vitesse, il a rejoint un groupe de quatre automobiles procédant aussi vers l'est, automobiles qui circulaient à 50-55 milles à l'heure;
- Côté a décidé de dépasser ces automobiles et il en a dépassé trois avant de reprendre sa droite derrière l'automobile de tête conduite par Kalogeropoulos;
- nous connaissons l'identité du conducteur de l'automobile de queue dans cette ligne de quatre; elle était conduite par le témoin Hisey qui circulait à environ cinq longueurs de la voiture qui le précédait immédiatement; rien dans la preuve ne nous donne l'espace entre les trois autres voitures dans cette ligne de quatre;
- pour dépasser, Côté a probablement augmenté sa vitesse à plus de 60 milles à l'heure;

- he re-entered the right lane before overtaking the lead car, when he saw the lights of a car coming out of the curve, from east to west; this was identified as the Millette car at the time of the accident;
 - in order to regain the right lane he made a slightly sharper turn than usual;
 - as he was in the process of regaining the right lane he felt the rear of his car swerve; he suggests he was already on the ice;
 - he was able to regain the right lane and tried to guide his car so that it did not collide with that of Kalogeropoulos; as he stated in his testimony, he was reasonably confident he could do so because there was a comfortable distance between him and the back of the Kalogeropoulos car;
 - unfortunately, his expectations were not fulfilled; he attributed the collision between the front of his car and that of Kalogeropoulos to the fact that the latter applied his brakes; this assertion was denied by Kalogeropoulos, but I do not regard the point as significant;
 - the impact was slight, as is indicated by the photograph of the cars and the fact that the damage to the Côté car was valued at \$90;
 - Kalogeropoulos then apparently applied his brakes and went across the highway at an angle, for a distance that was not established by testimony;
 - as indicated above, Côté stopped his car opposite the Kalogeropoulos and Millette cars, and the three cars he had just overtaken also stopped before they reached the location of the accident.
- il a repris sa droite avant de dépasser l'automobile de tête lorsqu'il a vu, sortant de la courbe, les phares d'une automobile allant est-ouest, automobile qui lors de l'accident fut identifiée comme celle de Millette;
 - pour revenir à sa droite, il a fait une déviation un peu plus aiguë que d'ordinaire;
 - au moment où il était en train de reprendre sa droite, il a senti l'arrière de sa voiture dévier; il prétend qu'il était déjà sur la glace;
 - il a pu reprendre sa droite et essayer de manœuvrer sa voiture pour qu'elle ne frappe pas celle de Kalogeropoulos; comme il le dit dans son témoignage, il était raisonnablement confiant de pouvoir réussir car il y avait une distance confortable entre lui et l'arrière de la voiture Kalogeropoulos;
 - malheureusement, son espoir n'est pas devenu réalité; il attribue le choc entre le devant de sa voiture et celle de Kalogeropoulos au fait que ce dernier a appliqué les freins; cette assertion est niée par Kalogeropoulos mais je n'attache pas d'importance à cet aspect;
 - le choc a été léger ainsi que l'indique la photographie des automobiles et le fait que les dommages à la voiture Côté ont été évalués à la somme de \$90;
 - Kalogeropoulos aurait alors appliqué les freins et aurait traversé la route de biais sur une distance qu'aucun témoin n'a établie;
 - tel qu'indiqué plus haut, Côté a immobilisé sa voiture en face des automobiles Kalogeropoulos et Millette et les trois automobiles qu'il venait de dépasser ont aussi arrêté avant d'atteindre l'endroit de l'accident.

It clearly follows from the foregoing that it was physically impossible for Côté to stop at more than 60 m.p.h., on sheer ice, within a distance of 215 feet. We can certainly rely on the calculations, made several times and accepted by all the courts, to the effect that at 60 m.p.h. the distances for reaction and braking make a total of some 225 feet, and then on perfectly dry pavement, with a car in perfect mechanical order.

De ce récit, il résulte clairement qu'il était physiquement impossible pour Côté d'arrêter à plus de 60 milles à l'heure dans une distance de 215 pieds sur de la glace vive. Nous pouvons certes nous appuyer sur les calculs faits à plusieurs reprises et acceptés par tous les tribunaux à l'effet qu'à 60 milles à l'heure, la distance de réaction et la distance de freinage forment un total d'environ 225 pieds et ce sur un pavé parfaitement sec et avec une voiture parfaitement en ordre.

In the case at bar Côté explained the accident by the fact that he was taken by surprise when, as he was trying to pull to the right after overtaking three of the cars, he realized he was on sheer ice. He had not reacted or commenced braking at that point, so that the total of 225 feet on a perfectly dry pavement was the minimum he would take to stop his car. If in fact, as shown by the uncontradicted evidence, Côté stopped at a point situated 215 feet from the western limit of the patch of ice, all the events preceding the slight impact with the rear of the Kalogeropoulos car must have occurred before Côté entered upon such patch, that is to say, at a time when he was on dry pavement and perfectly in a position to control his car. The cause of this impact could not be the ice, since he was not yet on it; on the contrary, such cause was his excessive speed, having regard to the distance between the rear of the Kalogeropoulos car and the front of the unknown car following it.

Other factors support this conclusion. Côté tells us in his testimony that he began moving to the right behind the Kalogeropoulos car when he saw the Millette car coming out of the curve. He added that he would probably have had time to overtake the Kalogeropoulos car, but he thought it wiser not to. Now, the evidence indicates that the curve east of the scene of the accident ends about 750 feet from the place where the Millette and Kalogeropoulos cars stopped. If we assume that the Millette driver was also driving her car at 60 m.p.h., it follows that at that moment in time Côté himself was about 750 feet from the place where he finally stopped, that is to say 500 feet and more from the beginning of the patch of ice. Besides, if he thought it was possible to overtake the Kalogeropoulos car without colliding with the Millette car coming in the opposite direction, the distance between Millette and Côté must have been at least 1500 feet, consisting of the two 750 foot distances just referred to.

The matter of guard rails needs no further elaboration. If Côté's testimony on this point is to

En l'espèce, Côté explique l'accident par le fait qu'il a été pris par surprise lorsque, essayant de reprendre sa droite après avoir dépassé trois voitures, il a constaté qu'il était sur de la glace vive. A ce moment-là, il n'avait ni réagi ni commencé à freiner de sorte que le total de 225 pieds sur un pavé parfaitement sec était le minimum qu'il pouvait prendre pour immobiliser sa voiture. Si de fait, comme l'établit la preuve sans contradiction, Côté s'est arrêté à un point situé à 215 pieds de la limite ouest de la plaque de glace, tous les événements qui ont précédé le léger choc avec l'arrière de la voiture Kalogeropoulos se sont produits avant qu'il ne s'engage sur cette plaque, c'est-à-dire alors qu'il était sur du pavé sec, parfaitement en mesure de contrôler sa voiture. La cause de ce choc ne peut être la glace puisqu'il n'y était pas rendu; au contraire, cette cause est son allure trop rapide, compte tenu de la distance existant entre l'arrière de la voiture Kalogeropoulos et l'avant de la voiture inconnue qui suivait celle-ci.

D'autres éléments nous permettent de confirmer cette conclusion. Côté nous dit dans son témoignage qu'il a commencé à reprendre sa droite derrière la voiture Kalogeropoulos lorsqu'il a vu les lumières de la voiture Millette sortant de la courbe. Il ajoute qu'il aurait probablement eu le temps de dépasser la voiture Kalogeropoulos mais qu'il a jugé plus prudent de ne pas le faire. Or la preuve démontre que la courbe à l'est du lieu de l'accident se termine à environ 750 pieds de l'endroit où les voitures Millette et Kalogeropoulos se sont arrêtées. Si l'on prend pour acquis que Millette conduisait aussi sa voiture à 60 milles à l'heure, il faut en conclure que Côté à ce moment-là était lui-même à environ 750 pieds de l'endroit où il s'est finalement arrêté, c'est-à-dire 500 pieds et plus avant le début de la plaque de glace. D'ailleurs, s'il avait l'impression qu'il lui était possible de dépasser la voiture Kalogeropoulos sans entrer en collision avec la voiture Millette procédant en sens inverse, c'est qu'il y avait bien entre Millette et Côté au moins cette distance de 1500 pieds formés des deux 750 pieds dont je viens de parler.

Je ne reviens pas sur la question des contre-rails. S'il fallait accepter le témoignage de Côté à ce

be accepted, when he says that at the time he re-entered the right lane there were guard rails on the north side of the Highway, then he must have done so 1500 feet west of the patch of ice, as demonstrated by the evidence on this point, which is corroborated by the photographs taken three days after the accident, on March 4, 1968.

A further corroboration of the foregoing is the fact that, although he pulled to the right rather sharply, Côté did not lose control of his car, which only swerved slightly. The effect of such a sudden manoeuvre on ice would have been to cause him to lose control of his car completely.

I have set aside the finding of the Court of Appeal that the Department of Highways should be ordered to pay part of the damages because, in my view, it committed no fault giving rise to liability. In order to find against the Department it must be concluded that the latter should have foreseen every possibility of damage, in particular the faulty conduct of Côté and its consequences. Put another way, the question is as follows: should the Department guided by the standards of the reasonable man, have foreseen the combination in time and space of all these factors which, taken together, produced this unfortunate accident? I think not. In matters of delictual liability the conduct of the parties is blameworthy only if the kind of damage was normally and reasonably foreseeable. That was not the case here. *The University Hospital Board v. Gérald Lépine*⁸.

For these reasons, and with all deference to the lower courts, I conclude that the accident was caused solely by the fault of Côté, who did not have his car completely under control and was unable to prevent a slight collision between its front end and the rear of the Kalogeropoulos car, at a time when the latter could no longer do anything to avoid contact with the Millette car coming in the opposite direction.

I would vary the judgments appealed from so as to hold Côté solely liable for the accident and condemn him to pay all the damages suffered by

sujet alors qu'il affirme qu'au moment où il a repris sa droite il y avait des contre-rails du côté nord de la route, il faudrait situer son retour vers la droite à 1500 pieds à l'ouest de la plaque de glace, ainsi que l'établit la preuve à ce sujet corroborée par les photographies prises trois jours après l'accident, soit le 4 mars 1968.

Une autre corroboration de ce qui précède est le fait que Côté, nonobstant qu'il ait repris sa droite un peu abruptement, n'a pas perdu le contrôle de sa voiture qui n'a fait que dévier légèrement. Sur la glace, cette manoeuvre un peu brutale aurait eu pour effet de lui faire perdre complètement le contrôle de sa voiture.

J'ai écarté la conclusion de la Cour d'appel que le ministère de la Voirie doit être condamné à payer une partie des dommages parce que, à mon avis, il n'a commis aucune faute génératrice de responsabilité. Pour conclure à condamnation contre le ministère, il faut affirmer que celui-ci devait prévoir toutes les possibilités de dommages, en particulier cette conduite fautive de Côté et ses conséquences. Exprimée différemment, la question est la suivante: le ministère, guidé par les standards de l'homme raisonnable, devait-il imaginer que se rencontreraient dans le temps et dans l'espace tous ces facteurs qui, liés en gerbe, ont produit ce malheureux accident? Je ne le crois pas. En matière de responsabilité délictuelle, la conduite des parties n'entraîne blâme que si le genre de dommages était normalement et raisonnablement prévisible. Tel n'était pas le cas ici. *The University Hospital Board c. Gérald Lépine*⁸.

Pour ces raisons et en toute déférence pour les tribunaux inférieurs, j'en viens à la conclusion que l'accident a été causé par la seule faute de Côté, qui n'avait pas le contrôle parfait de sa voiture et qui n'a pu empêcher un contact léger entre son devant et l'arrière de la voiture Kalogeropoulos au moment où celui-ci ne pouvait plus rien faire pour éviter le contact avec la voiture Millette circulant en sens inverse.

Je modifierais les jugements dont appel, déclarant Côté seul responsable de l'accident et le condamnant à payer seul les dommages subis par les

⁸ [1966] S.C.R. 561.

⁸ [1966] R.C.S. 561.

the various victims. The appeals by Her Majesty the Queen in right of the Minister of Highways would accordingly be allowed, and Côté's cross-appeals dismissed; the whole with costs in all courts.

Since preparing these reasons I have had an opportunity of reading the reasons written by Pigeon and Dickson JJ. Though in the circumstances I cannot hold the Department liable, I should add that if I had had to apportion fault between the Department and Côté, I would definitely have concurred in the view of Dickson J, and would have found Côté seventy-five per cent liable for the accident and its consequences.

The judgment of Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J. (*dissenting in part*)—The facts are summarized in the reasons of my brother de Grandpré. I am, however, unable to agree with his conclusions.

In the first place, it does not appear to me that Côté's negligence was the sole proximate cause of the accident. On any view of the facts, it is obvious that the slight impact of Côté's car to the rear of Kalogeropoulos' car would not have caused that car to come into collision with the Millette car if it had not been for the icy condition of the roadway. This becomes only more obvious if this initial impact is taken to have occurred on the dry pavement, that is more than 215 feet from the collision point. Under s.2 of *The Negligence Act*, R.S.O. 1970, c. 296, liability for contributory negligence arises "When damages have been caused or contributed to by the fault or neglect of two or more persons". I can find no authority to support the view that this applies only to "the proximate cause" to the exclusion of any other fault or neglect without which the damage would not have ensued. It must be borne in mind that the damage with which we are concerned in this case is that which arose out of the second collision, not the initial impact.

différentes victimes. Les appels de Sa Majesté la Reine du chef du Ministre de la Voirie seraient donc maintenus et les contre-appels de Côté seraient renvoyés; le tout avec dépens dans toutes les cours.

Depuis la rédaction de ces notes, j'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs préparés par MM. les juges Pigeon et Dickson. Bien que je ne puisse trouver responsabilité du ministère en l'espèce, je me permets d'ajouter que si j'avais été appelé à diviser la faute entre le ministère et Côté, je me serais sans aucun doute rallié à l'opinion de M. le juge Dickson et aurais conclu que Côté doit être tenu 75 pour cent responsable de l'accident et de ses suites.

Le jugement des juges Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON (*dissident en partie*)—Les faits sont résumés dans les motifs de mon collègue M. le juge de Grandpré. Je ne puis toutefois souscrire à ses conclusions.

En premier lieu, il ne me paraît pas que la négligence de Côté ait été la seule cause immédiate de l'accident. Quelle que soit la façon de considérer les faits, il est évident que le léger impact entre la voiture de Côté et l'arrière de la voiture de Kalogeropoulos n'aurait pu provoquer la collision de cette dernière avec la voiture de Millette si la chaussée n'avait pas été glacée. Cela devient encore plus évident si l'on admet que l'impact initial s'est produit sur la chaussée sèche, c'est-à-dire à plus de 215 pieds de l'endroit de la collision. En vertu de l'art. 2 du *Negligence Act*, R.S.O. 1970, c. 296, la négligence contributive entraîne une responsabilité [TRADUCTION] «Lorsque les dommages ont été causés par la faute ou la négligence de deux ou plusieurs personnes ou qu'elles y ont contribué». Je ne puis trouver aucun précédent à l'appui de l'opinion que ceci s'appliquerait seulement à la «cause immédiate» à l'exclusion de toute autre faute ou acte de négligence sans lequel il n'y aurait pas eu de dommage. On doit se rappeler que les dommages dont il est question en l'espèce résultent de la seconde collision et non pas de l'impact initial.

In the second place, I cannot agree that this second collision was not a foreseeable consequence of the icy condition of the roadway. Multiple or chain collisions are such frequent occurrences that they are among the predictable results of a treacherous icy condition on a short stretch of otherwise dry and safe highway. Foreseeability does not imply or require that the particular way in which some accident occurs be actually anticipated. The test was laid down as follows by Duff J. (as he then was) in *Winnipeg Electric Rway Co. v. Canadian Northern Rway Co.*⁹ at p. 367:

Where there is a duty to take precautions to obviate a given risk the wrongdoer who fails in this duty cannot avoid responsibility for the very consequences it was his duty to provide against by suggesting that the damages are too remote, because the particular manner in which those consequences came to pass was unusual and not reasonably foreseeable.

I can see no analogy between the facts presently in issue and those in *University Hospital Board v. Lépine*¹⁰. In that case the question was as to the duty of a doctor and of a hospital to a given patient and what was held to be not reasonably foreseeable was the latter's sudden leap through the window. In my view, our very recent judgment in *Bonnie Jo-Anne Corothers et al v. Ostop Slobodian and J. Kearns Transport Ltd., Thomas Russell Poupard and Guaranty Trust Company of Canada*¹¹ is much more relevant. Although we were divided on another question, we were all of the opinion that the injury suffered by the plaintiff when running for help after a collision caused by the negligence of Poupard was a foreseeable result of that negligence, although obviously Poupard could not have foreseen the actual combination of factors which would cause this injury namely, that the empty tank truck which the plaintiff signalled to stop would jackknife on a sudden application of the brakes and hit her sideways into the ditch. In my view, applying the test of foreseeability in a reasonable and realistic way means asking the question whether a fatal head-on collision is a

En second lieu, je ne puis partager l'opinion que la seconde collision n'était pas une conséquence prévisible de l'état glacé de la chaussée. Les carambolages ou collisions successives sont si fréquents qu'ils sont des conséquences prévisibles de la présence de glace traîtresse sur une courte section d'une route par ailleurs sèche et sûre. La prévisibilité n'implique ni ne requiert qu'on ait effectivement prévu la façon précise dont l'accident se produit. Le critère a été énoncé par M. le juge Duff, (alors juge puîné) dans l'arrêt *Winnipeg Electric Rway Co. c. Canadian Northern Rway Co.*⁹, à la p. 367:

[TRADUCTION] En présence d'un devoir de prendre des précautions pour éviter un danger donné, celui qui a manqué à ce devoir ne peut se soustraire à la responsabilité des conséquences qu'il lui incombait de prévenir sous prétexte que, ces conséquences étant survenues d'une façon inusitée et non raisonnablement prévisible, le dommage est trop lointain.

Je ne peux voir d'analogie entre les faits en litige ici et ceux de l'arrêt *University Hospital Board c. Lépine*¹⁰. Dans ce dernier, la question portait sur le devoir d'un médecin et d'un hôpital envers un patient et ce qui fut jugé non raisonnablement prévisible, c'est le saut soudain du patient par la fenêtre. A mon avis, notre jugement très récent dans *Bonnie Jo-Anne Corothers et al c. Ostop Slobodian et J. Kearns Transport Ltd., Thomas Russell Poupard et Guaranty Trust Company of Canada*¹¹ est beaucoup plus pertinent. Bien que divisés sur un autre point, nous avons été tous d'avis que la blessure subie par la demanderesse lorsqu'elle a couru chercher du secours après une collision causée par la faute de Poupard, était une conséquence prévisible de cette faute, bien qu'il fût évident que Poupard n'avait pu prévoir le véritable concours de circonstances qui a donné lieu à cette blessure, c'est-à-dire que le camion-citerne, à qui la demanderesse faisait signe d'arrêter, dévierait de sa trajectoire après un freinage brusque pour la heurter de côté et la projeter dans le fossé. A mon avis, appliquer le critère de prévisibilité d'une façon raisonnable et réaliste, c'est se demander si

⁹ (1919), 59 S.C.R. 352.

¹⁰ [1966] S.C.R. 561.

¹¹ [1975] 2 S.C.R. 633.

⁹ (1919), 59 R.C.S. 352.

¹⁰ [1966] R.C.S. 561.

¹¹ [1975] 2 R.C.S. 633.

possible consequence of an earlier insignificant rear end impact when a short stretch of an otherwise safe and dry highway is allowed to remain in a slippery condition as described in this case. I cannot see any reason for answering that question in the negative.

I must add that if I could accede to the view that the initial impact occurred on the dry pavement more than 215 feet away from where the fatal collision occurred, I doubt whether I would still absolve the driver of the Kalogeropoulos car from any blame for that and would still see a causal connection with the initial impact. If Côté was on dry pavement when he let his car hit another car in the rear instead of getting off the pavement, could he, having no knowledge of the icy condition further down the road, reasonably foresee that this might result in a head-on collision more than 200 feet away? In the view I am taking of the case, I find it unnecessary to answer this last question. However, I must point out that the only witness who said that Côté's car was brought to a stop on the shoulder at the very place where the collision occurred is Côté himself. Bearing in mind what could be deduced from this fact, I doubt very much if his statement should properly be considered as establishing the fact beyond controversy so that this may become the basis for invalidating the concurrent findings of the courts below.

In almost every automobile accident case, it is impossible to reconcile the statements of all witnesses, even if they are all credible witnesses. A trial judge is therefore obliged to find the facts by giving to every element of proof such weight as appears proper in the circumstances. Of course, it would be a grave error not to start from facts established by precise measurements such as the 215 foot distance previously mentioned as existing between the start of the icy surface and the place where the fatal collision occurred. A finding made contrary to such clear and certain evidence would undoubtedly invite interference on appeal. However, I cannot agree that such is the situation with respect to the place where Côté says he brought his car to a stop. And it conflicts with other facts which the trial judge accepted as proven such as

une collision frontale fatale est une conséquence possible d'un léger choc à l'arrière d'un véhicule lorsqu'on tolère qu'une courte section d'une route, par ailleurs sèche et sûre, demeure glissante comme on la décrit en l'espèce. Je ne vois aucune raison de répondre négativement à cette question.

Je dois ajouter que si je pouvais admettre que l'impact initial s'est produit sur la chaussée sèche à plus de 215 pieds de l'endroit de la collision fatale, je ne sais si je pourrais encore ne rien reprocher au conducteur de la voiture de Kalogeropoulos et retenir un lien causal avec l'impact initial. Si Côté était sur la chaussée sèche lorsqu'il a préféré heurter une autre voiture à l'arrière plutôt que de quitter la partie pavée de la route, pouvait-il, sans connaître l'état glacé de la route plus loin, raisonnablement prévoir qu'il en résulterait une collision frontale à une distance de plus de 200 pieds? En raison de la position que j'adopte en cette affaire, il ne me paraît pas nécessaire de répondre à cette dernière question. Cependant, je dois faire remarquer que le seul témoin qui a déclaré que la voiture de Côté s'est arrêtée sur l'accotement à l'endroit même de l'accident c'est Côté lui-même. En tenant compte de tout ce qu'on peut déduire de ce fait, je doute beaucoup que sa déclaration doive être à juste titre considérée comme une preuve irréfutable de ce fait qui nous permette d'écarter les conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure.

Dans presque tous les accidents d'automobile, il est impossible de concilier les déclarations de tous les témoins, même s'ils sont tous dignes de foi. Un juge de première instance doit par conséquent constater les faits en donnant à chaque élément de preuve le poids qui lui paraît convenable dans les circonstances. Évidemment, ce serait une grave erreur de ne pas partir des faits prouvés par des mesures précises, comme la distance de 215 pieds mentionnée antérieurement entre le début de la surface glacée et l'endroit où la collision fatale s'est produite. Une conclusion allant à l'encontre d'une preuve aussi claire et certaine justifierait sans aucun doute l'intervention d'une cour d'appel. Mais je ne puis admettre que cela soit le cas quant à l'endroit où Côté déclare avoir arrêté sa voiture. Et cette déclaration vient en contradiction avec

the short distance travelled by the Kalogeropoulos car after the first impact. In my view, no valid reason has been shown in this case to justify an interference with the concurrent findings of facts in the courts below.

On all the other questions, I am in agreement with the reasons given for the Court of Appeal by Aylesworth J. and I would affirm its judgment and dismiss all appeals and cross-appeals to this Court with costs. However, seeing that four members of the Court hold that the appeal of the Minister of Highways should be allowed in full and three others would allow it to the extent of providing that as between the Minister and Côté the latter should bear seventy-five percent of the liability towards the successful plaintiffs and the Minister should bear twenty-five percent, the costs of all parties in all courts to be paid by Côté and the Minister in like proportions, I accept that such last conclusion should be the judgment of the Court, agreeing with such disposition of the costs under the circumstances.

Appeal allowed in part, cross-appeal dismissed, with costs, MARTLAND, JUDSON, RITCHIE, PIGEON, BEETZ and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Kingsmill, Jennings, Toronto.

Solicitors for the respondent Côté: Hughes, Laishley, Mullen, Touhey & Sigouin, Ottawa.

Solicitors for the respondents Millette et al.: Wentzell & Gautreau, Ottawa.

Solicitor for the respondents Silk and Hicks: A. R. Dick, Toronto.

Solicitor for J. M. Dennery: Cyrille H. Goulet, Ottawa.

Solicitors for J. Karalekas: Hewitt, Hewitt, Nesbitt, Reid, McDonald & Tierney, Ottawa.

Solicitors for C. Kalogeropoulos: Cuzner, MacQuarrie, Gordon & Davis, Ottawa.

d'autres faits que le juge de première instance a tenus pour prouvés telle la courte distance parcourue par la voiture de Kalogeropoulos après le premier impact. A mon avis, on n'a pas en l'espèce établi de motif nous justifiant d'écarter les conclusions sur les faits des tribunaux d'instance inférieure.

Sur tous les autres points, je souscris aux motifs que M. le juge Aylesworth a exposés au nom de la Cour d'appel. Je confirmerais son jugement et rejetterais tous les pourvois et pourvois incidents devant cette Cour avec dépens. Cependant, vu que quatre membres de cette Cour jugent que le pourvoi du ministre de la Voirie devrait être accueilli en son entier et trois autres l'accueilleraient en partie de façon qu'entre le Ministre et Côté, ce dernier doit supporter 75 pour cent de la responsabilité envers les demandeurs qui ont eu gain de cause et le Ministre 25 pour cent, les dépens de toutes les parties dans toutes les cours à être payés par Côté et par le Ministre dans des proportions égales, j'accepte que cette Cour rende jugement selon cette dernière conclusion et je suis d'accord avec cette répartition des dépens dans les circonstances.

Appel accueilli en partie, appel incident rejeté, avec dépens, les juges MARTLAND, JUDSON, RITCHIE, PIGEON, BEETZ et DE GRANDPRÉ dissidents en partie.

Procureurs de l'appelante: Kingsmill, Jennings, Toronto.

Procureurs de l'intimé Côté: Hughes, Laishley, Mullen, Touhey & Sigouin, Ottawa.

Procureurs des intimés Millette et al.: Wentzell & Gautreau, Ottawa.

Procureur des intimés Silk et Hicks: A. R. Dick, Toronto.

Procureur de J. M. Dennery: Cyrille H. Goulet, Ottawa.

Procureurs de J. Karalekas: Hewitt, Hewitt, Nesbitt, Reid, McDonald & Tierney, Ottawa.

Procureurs de C. Kalogeropoulos: Cuzner, MacQuarrie, Gordon & Davis, Ottawa.

Dr. Henry Morgentaler *Appellant*;
and
Her Majesty The Queen *Respondent*;
and
The Attorney General of Canada *et al.*
Intervenants.

1974: October 2, 3, 4, 7; 1975: March 26.

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

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

Criminal law—Unlawful abortion—Defences submitted to jury in error—“Necessity” not proven—Exclusion of criminal responsibility in cases of surgical operations not applicable—Verdict of acquittal by a jury—Conviction entered by Court of Appeal—Powers of Court of Appeal—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. 34, ss. 251(1), (4), 45, 613(4)(b), 603, 605.

Appellant was accused of having procured the miscarriage of a female person by the manipulation and use of an instrument, contrary to s. 251(1) of the *Criminal Code*. During the trial which took place before a judge and jury, he admitted the act, but relied upon the common law defence of necessity and the statutory defence found in s. 45 of the *Criminal Code*.

A verdict of acquittal was returned. A unanimous decision of the Court of Appeal set aside this verdict and a conviction was entered with a direction to the trial judge to pass sentence. Hence the appeal to this Court as of right under s. 618(2) of the *Criminal Code*, on the basis that s. 251 of the *Criminal Code* is unconstitutional; that it is inoperative by virtue of the *Canadian Bill of Rights*; that the preferred indictment was void as constituting an abuse of power by the provincial Attorney General; that the accused was entitled to the benefit of the defences of necessity and of s. 45; that the operation performed was not within the intendment of s. 251; and that the Court of Appeal could not substitute a conviction for an acquittal in a jury trial.

Held (Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Nothing was said to show that there was any

Dr. Henry Morgentaler *Appelant*;
et
Sa Majesté la Reine *Intimée*;
et
Le procureur général du Canada *et autres*
Intervenants.

1974: les 2, 3, 4 et 7 octobre; 1975: le 26 mars.

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

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

Droit criminel—Avortement illégal—Défenses erronément soumises au jury—«Nécessité» non prouvée—Exclusion de responsabilité criminelle en cas d'opérations chirurgicales non applicable—Verdict d'acquittement prononcé par jury—Verdict de culpabilité consigné par Cour d'appel—Pouvoirs de la Cour d'appel—Code criminel, S.R.C. 1970, c. 34, art. 251 (1), (4), 45, 613(4)(b), 603, 605.

L'appelant a été accusé d'avoir provoqué l'avortement d'une personne du sexe féminin au moyen de la manipulation et de l'emploi d'un instrument, contrairement à l'art. 251(1) du *Code criminel*. Au procès, qui s'est déroulé devant un juge et un jury, il a admis le fait mais il s'est fondé sur le moyen de défense de *common law* la nécessité, et sur le moyen statutaire de l'art. 45 du *Code criminel*.

Un verdict d'acquittement a été rendu. Un jugement unanime de la Cour d'appel a écarté ce verdict et consigné un verdict de culpabilité avec directive au juge de première instance de prononcer la sentence. D'où le pourvoi devant cette Cour, de plein droit en vertu de l'art. 618(2) du *Code criminel*, invoquant l'inconstitutionnalité de l'art. 251, sa non-opération vu la *Déclaration canadienne des droits*, la nullité de l'inculpation directe comme abus de pouvoir du procureur général de la province, le droit de l'accusé de se prévaloir des moyens de défense fondés sur la nécessité et sur l'art. 45, la non-application de l'art. 251 à l'opération visée et l'absence de pouvoir de la Cour d'appel de substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé par le jury.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré: On n'a pas démontré qu'il existe quelque

evidence of an urgent necessity for effecting the abortion in disregard of s. 251 of the *Criminal Code*. Therefore, the Court of Appeal was correct in holding that the trial judge erred in putting the defence of necessity before the jury as there was no evidence to support it. It would be wholly inconsistent with the requirements for a legal abortion as they are clearly defined in s. 251, to read s. 45 as protecting from criminal responsibility any person who performs the operation anywhere provided only that it is done with reasonable care and skill having regard to the state of health of the woman. To submit that the operation performed did not come within the intent of s. 251 is to ignore the meaning of "avortement" in the French version as well as the definition of "means". By specifying the use of an instrument, the section clearly covers a surgical abortion as practised by the accused. As for the conviction entered by the Court of Appeal after the accused had been acquitted by a jury, s. 605(1) of the *Criminal Code*, granting the right of appeal from an acquittal, clearly includes a judgment at trial with or without a jury. Section 613(4) authorizes the Court of Appeal to enter a verdict of guilty where the accused was tried by a jury. Paragraph (b) necessarily applies to a jury verdict after such a trial as well as to an acquittal by a judge. It is true that, as a rule, the duty of a court of appeal is to render the judgment that the trial court should have rendered. However, under our *Criminal Code* in what is clearly a fundamental departure from common law principles, Parliament has not only provided for appeals against acquittals, but has also spelled out the powers which can be exercised on such appeals, including that of entering a verdict of guilty when there has been an acquittal by jury verdict. This is obviously a power to be used with great circumspection.

Per Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: Section 45 of the *Criminal Code* is not available as a defence to a charge under s. 251. Parliament in s. 251 has proscribed as criminal conduct, surgery procuring a miscarriage, except in conformity with precise and detailed protective measures including a qualified medical practitioner and an accredited or approved hospital. Section 251 contains a comprehensive code on the subject of abortions, unitary and complete within itself, which the general language of s. 45 does not touch. Section 45 may be available as an answer to a charge arising out of a surgical operation performed on an

élément de preuve établissant qu'il y avait nécessité urgente de provoquer l'avortement au mépris de l'art. 251 du *Code criminel*. Par conséquent c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué que le premier juge a commis une erreur en soumettant au jury la défense de nécessité puisqu'il n'y avait aucune preuve pour l'étayer. Interpréter l'art. 45 comme mettant à couvert de responsabilité criminelle toute personne qui pratique l'opération n'importe où pourvu seulement que l'opération soit pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables et soit elle-même raisonnable étant donné l'état de santé de la femme, est totalement incompatible avec les exigences clairement définies à l'art. 251 pour qu'un avortement puisse être légalement pratiqué. C'est méconnaître le sens du mot «avortement» de la version française ainsi que la définition du mot «moyen», que de prétendre que l'opération pratiquée ne serait pas visée par l'art. 251(1). En spécifiant l'emploi d'un instrument, l'article vise clairement un avortement chirurgical comme celui qu'a pratiqué l'accusé. Quant au verdict de culpabilité consigné par la Cour d'appel alors que l'accusé avait été acquitté par un jury, l'art. 605(1) du *Code criminel* conférant le droit d'introduire un recours contre un acquittement vise clairement un jugement de première instance avec ou sans jury. L'article 613(4) autorise la Cour d'appel à consigner un verdict de culpabilité quand l'accusé a subi son procès devant un jury. L'alinéa b) s'applique nécessairement à un verdict d'un jury après un tel procès aussi bien qu'à un acquittement par un juge. Il est vrai qu'en principe le devoir d'une cour d'appel est de rendre le jugement que la Cour de première instance aurait dû rendre. Cependant, en vertu du *Code criminel* dans ce qui est une dérogation fondamentale aux principes de *common law*, le Parlement n'a pas seulement prévu un appel à l'encontre d'un acquittement mais il a aussi spécifié les pouvoirs qui peuvent être exercés lors d'un tel appel, dont celui de consigner un verdict de culpabilité alors qu'il y a eu acquittement prononcé par verdict de jury. C'est évidemment un pouvoir qui ne doit être utilisé qu'avec grande circumspection.

Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et de Grandpré: L'art. 45 du *Code criminel* n'est pas un moyen de défense à l'encontre d'une accusation en vertu de l'art. 251. Par l'art. 251 le Parlement a proscrié comme un crime grave toute intervention chirurgicale qui procure un avortement, sauf si elle est pratiquée conformément à des mesures de protection précises et détaillées qui comportent un médecin qualifié et un hôpital accrédité ou approuvé. L'article 251 est un code sur l'avortement, entier et complet en lui-même, que les termes généraux de l'art. 45 ne touchent pas. L'article 45 peut valoir comme réponse à une accusation décou-

unconscious patient but it is not available as an answer to a charge of procuring an abortion contrary to s. 251 for s. 251 is concerned with procurement of miscarriage and only remotely, if at all, with surgical operations. As for the defence of necessity, at the very least it must rest upon evidence from which a jury could find (1) that the accused in good faith considered the situation so emergent that failure to terminate the pregnancy immediately could endanger life or health and (2) that upon any reasonable view of the facts compliance with the law was impossible. The evidence did not establish these two conditions and the defence of necessity was not open to the appellant.

Per Laskin C.J. and Judson and Spence JJ., *dissenting*: The contention that s. 251 of the *Criminal Code* was invalid was rejected by this Court because Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation. Parliament has made a judgment which does not admit of any interference by the Courts. Furthermore, having regard to the residuary feature of federal legislative power, s. 251 cannot be invalidated unless it is shown that it is in relation to a head of exclusive provincial legislative power. This was not proven.

As to the effect of the *Canadian Bill of Rights* upon s. 251, s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* must not be regarded as charging the Courts with supervising the administrative efficiency of legislation or with evaluating the regional or national organization of its administration, in the absence of any touchstone in the legislation itself which would indicate a violation of s. 1(b). There is no judicial basis for impeaching s. 251 under s. 1(b) merely because not all persons affected by s. 251 may find it feasible because of geographical or economic considerations to take shelter under its exculpatory terms. Any unevenness in the administration of the relieving provisions is for Parliament to correct and not for the Courts to monitor as being a denial of equality before the law and the protection of the law.

As to the dispensations afforded by compliance with s. 251(4) and (5), they do not involve any issue of deprivation of a right which may require an opportunity to be heard with or without counsel. They simply permit a person to make conduct lawful which would otherwise be unlawful. Furthermore, it is difficult to see how due process of law in s. 1(a) can be said to require express provision for review of a therapeutic abortion commit-

lant d'une opération chirurgicale pratiquée sur un patient inconscient mais il n'est pas un moyen de défense à l'encontre de l'accusation d'avoir procuré un avortement contrairement à l'art. 251 car l'art. 251 vise le fait de procurer un avortement, et il n'a qu'un rapport lointain, s'il en a un, avec les opérations chirurgicales. Quant à l'excuse de nécessité, elle doit à tout le moins reposer sur une preuve d'où un jury puisse conclure (1) que l'accusé a de bonne foi considéré la situation si urgente que ne pas interrompre la grossesse immédiatement pouvait mettre en danger la vie ou la santé et (2) que selon toute façon raisonnable de voir les faits l'observation de la loi était impossible. La preuve de ces deux conditions n'a pas été établie et l'excuse de nécessité ne pouvait être invoquée par l'appelant.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence, dissidents: La contestation de la validité de l'art. 251 du *Code criminel* a été rejetée par cette Cour parce que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités. Son jugement ne tolère aucune intervention des tribunaux. De plus, compte tenu de l'aspect résiduaire des pouvoirs législatifs fédéraux, l'art. 251 ne peut être déclaré invalide à moins qu'on ne démontre qu'il relève d'un chef énuméré de pouvoir législatif provincial exclusif. Cette preuve n'a pas été faite.

Quant à l'effet sur l'art. 251 de la *Déclaration canadienne des droits*, l'art. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* ne confie pas aux tribunaux la surveillance du fonctionnement des lois ni l'appréciation de la façon dont leur administration est organisée à l'échelle régionale ou nationale, en l'absence, dans la loi elle-même, de quelque critère qui indique une violation de l'art. 1 b). Il n'y a rien qui permette aux tribunaux d'invalider l'art. 251 en vertu de l'art. 1 b) sous prétexte que les personnes visées ne pourront peut-être pas toutes, en raison de considérations géographiques ou économiques, se prévaloir de ses clauses justificatives. Toute inégalité dans l'administration des dispositions d'immunité est du ressort du Parlement; il n'appartient pas aux tribunaux de la contrôler à titre de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi.

Quant à l'immunité accordée à la femme qui se conforme aux par. (4) et (5) de l'art. 251, elle ne comporte pas de privation du droit qui exige qu'elle soit entendue avec ou sans avocat. On permet seulement de poser légalement un geste qui autrement serait illégal. De plus on ne peut pas dire que l'application régulière de l'art. 1 a) de la *Déclaration canadienne des droits* peut exiger que l'on prévoit expressément la révision des

tee's decisions or can require that reasons be given for these.

The contention that the standard upon which therapeutic abortion committees must act is uncertain and subjective must be rejected. Parliament could assign an exercise of judgment as to the danger of continuation of pregnancy to a professional group without colliding with any imperatives called for by due process of law under s. 1(a).

Finally, it cannot be said that the mere prohibition of abortions save as permitted by s. 251(4)(5) involves any imposition of treatment nor that a physician or other person who runs foul of the abortion law is subjected to cruel or unusual punishment if he is sentenced to a term of imprisonment for his criminal conduct. That would mean ignoring the contextual importance of the words "impose" and "imposition". Furthermore the propositions that the accused had a right to a preliminary inquiry and that he had a right to have the indictment screened by a grand jury before its presentation to the Court must be rejected. Modes of trial or modes of bringing an accused to trial are not, by reason of their number, in violation of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

As to the legal issues raised under the *Criminal Code*, not only does s. 45 remain available as a defence but there was also evidence upon which the trial judge could leave that defence to the jury. In charging the jury on this defence, the trial judge proceeded to outline the elements of a s. 45 defence and then to relate the evidence to those elements by explaining that the required regard "to all the circumstances of the case" brought into play s. 251(4) itself as a circumstance bearing on the resort to s. 45.

Since the charge arose out of a surgical operation and since provision existed for a lawful therapeutic abortion under s. 251(4), the evidentiary question, in the light of the law that was put to the jury on necessity, was whether there were more emergent circumstances than those reflected in s. 45 upon which the jury could act, if it so chose, despite the provision for a lawful abortion under s. 251(4). There was some such evidence, and it was for the jury to say whether, in the circumstances, the harm sought to be avoided was an immediate and physical one, and whether there was enough of an emergency in this respect facing the accused as to make it certain that there could be no effective resort to the machinery of s. 251(4) to cope with the emergency. The sufficiency of evidence on any issue is a matter for the jury, which alone is charged to accept what it chooses

décisions des comités de l'avortement thérapeutique ou que ces décisions soient motivées.

La prétention que le critère prescrit aux comités de l'avortement thérapeutique est imprécis et subjectif ne peut être retenue. Le Parlement peut confier à un groupe d'homme de l'art l'exercice d'un jugement quant au danger de la continuation d'une grossesse sans heurter d'impératif issu de l'exigence d'application régulière de l'art 1 a).

Enfin, on ne peut admettre que la simple interdiction de pratiquer des avortements de façon autre que celle permise par les par. (4) et (5) de l'art. 251 comporte quelque imposition de traitement, ni qu'un médecin ou une autre personne qui agit à l'encontre des lois sur l'avortement est soumis à une peine cruelle ou inusitée s'il est condamné à une période d'emprisonnement à la suite de son comportement criminel. Ce serait méconnaître l'importance contractuelle des mots «infliger» et «imposition». De plus la prétention que l'accusé avait droit à une enquête préliminaire et à ce que l'acte d'accusation soit examiné par un grand jury avant d'être présenté à la Cour, doit être rejetée. L'existence de plusieurs modes de procès ou de modes de citation à procès n'est pas, du fait de cette diversité, une violation de l'art. 1 b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Quant aux questions soulevées selon le *Code criminel*, non seulement l'art. 45 reste admissible comme moyen de défense mais aussi il y avait sur ce point des éléments de preuve dont le juge pouvait laisser l'appréciation au jury. En lui donnant ses directives sur ce moyen de défense, le juge en a exposé les éléments et a ensuite fait le lien entre la preuve et ces éléments en expliquant que l'exigence de considérer «toutes les autres circonstances de l'espèce» fait entrer en ligne de compte l'art. 251(4) à titre de circonstance pouvant avoir un effet sur le recours à l'art. 45.

Comme l'inculpation résulte d'une opération chirurgicale et comme il existe une disposition prévoyant un avortement thérapeutique légal sous le régime de l'art. 251(4), la question quant à la preuve, à la lumière du droit qui a été expliqué au jury sur la nécessité, était de savoir s'il y avait des circonstances plus urgentes que celles évoquées dans l'art. 45 sur lesquelles le jury pouvait prononcer un acquittement s'il le jugeait à propos, malgré la disposition prévoyant l'avortement légal sous le régime de l'art. 251(4). Il y avait de tels éléments de preuve et il appartenait au jury de dire si dans de telles circonstances le mal qu'on a cherché à éviter était immédiat et physique et si la situation à laquelle devait faire face l'accusé était suffisamment urgente à cet égard pour qu'il fût certain qu'on ne pouvait recourir efficacement aux mécanismes de l'art.

and to weigh what it accepts in the light of the law given to it by the trial judge. The jury discharged this function in this case; and once it is decided that there was evidence to go to the jury on the two defences which were properly left to the jury, the jury's verdict is not one which can be lightly interfered with by an Appellate Court.

[*Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687; *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, [1931] O.R. 699; *Ciglen v. The Queen*, [1970] S.C.R. 804; *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101; *R. v. Heyes*, [1951] 1 K.B. 29; *R. v. Hancock*, [1931] 100 L.J.K.B. 419; *Savard and Lizotte v. The King*, [1946] S.C.R. 20; *U.S. v. Holmes* (1842), 26 Fed. Cas. 360; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *Gregson v. Gilbert* (1783), 3 Dougl. 232; *Mouse's Case* (1609), 12 Co. Rep. 63; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971], 1 Ch. 734, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side¹, Province of Quebec, setting aside the jury verdict of acquittal and entering a conviction without ordering a new trial. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. dissenting.

Claude A. Sheppard, Charles E. Flam and Y. Bolduc, for the appellant.

Louis Guy Robichaud, Q.C., for the respondent.

John Scollin, Q.C., and *G. F. Pinos*, for the Attorney General of Canada.

Clayton Ruby, for the Foundation for Women in Crisis.

Edward Greenspan, for the Canadian Civil Liberties Association.

B. Finlay, for the Alliance for Life.

E. Colas, Q.C., for the Association des médecins du Québec and the Front Commun pour le Respect de la vie.

James O'Reilly, for the Fondation pour la vie.

¹ [1974] C.A. 129.

251(4). La suffisance de la preuve sur une question relève du jury, qui seul a la mission d'accepter ce qu'il veut et d'apprécier ce qu'il accepte à la lumière des directives sur le droit reçues du juge au procès. Le jury en l'espèce a rempli cette fonction; et dès qu'il est décidé qu'il existait des éléments de preuve à soumettre au jury sur les deux moyens de défense qui lui ont à bon droit été soumis, le verdict de ce dernier n'en est pas un qu'une Cour d'appel peut modifier à la légère.

[Arrêts mentionnés: *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687; *Belyea c. Le Roi*, [1932] R.C.S. 279, [1931] O.R. 699; *Ciglen c. La Reine*, [1970] R.C.S. 804; *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101; *R. v. Heyes*, [1951] 1 K.B. 29; *R. v. Hancock*, [1931] 100 L.J.K.B. 419; *Savard & Lizotte c. Le Roi*, [1946] R.C.S. 20; *U.S. v. Holmes* (1842), 26 Fed. Cas. 360; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *Gregson v. Gilbert* (1783), 3 Dougl. 232; *Mouse* (1609), 12 Co. Rep. 63; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] 1 Ch. 734.]

APPEL d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine¹, province de Québec, écartant le verdict d'acquiescement d'un jury et consignnant un verdict de culpabilité sans ordonner de nouveau procès. Appel rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence étant dissidents.

Claude A. Sheppard, Charles E. Flam et Y. Bolduc, pour l'appelant.

Louis Guy Robichaud, c.r., pour l'intimé.

John Scollin, c.r., et *G. F. Pinos*, pour le Procureur général du Canada.

Clayton Ruby, pour la Foundation for Women in Crisis.

Edward Greenspan, pour le Canadian Civil Liberties Association.

B. Finlay, pour l'Alliance for life.

E. Colas, c.r., pour l'Association des médecins du Québec et le Front Commun pour le Respect de la vie.

James O'Reilly, pour la Fondation pour la vie.

¹ [1974] C.A. 129.

The judgment of Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This appeal, which is before this Court as of right under s. 618(2) of the *Criminal Code*, presents the highly unusual, if not the singularly exceptional, situation of an appellate court itself entering a conviction after setting aside a jury verdict of acquittal. The appellant, Dr. Henry Morgentaler, was acquitted on the verdict of a jury of unlawfully procuring the miscarriage of a female person, contrary to s. 251 of the *Criminal Code*. That verdict was set aside and a conviction was entered by the Quebec Court of Appeal which found it unnecessary to send the case back for a new trial. The five judges who constituted the court, unanimous in result but not in their reasons, concentrated on the two defences that the trial judge had left to the jury, a defence under s. 45 of the *Criminal Code* and the common law defence of necessity preserved by s. 7(3) of the *Criminal Code*. It was the opinion of the court that s. 45 was not available as a defence to a charge under s. 251 (or, in the opinion of at least one of the judges, if open, was not applicable in this particular case) and that the defence of necessity, in so far as it differed in this case from s. 45 and in so far as it could be a separate defence, was not supported by any evidence that would bring it into play on the facts of this case in respect of all, or at least one of the elements in respect of which the defence had to raise a reasonable doubt.

The appeal from the conviction by the Quebec Court of Appeal is founded on the defences which the trial judge had put to the jury and as well on a number of other matters, set out below, going to the merits of the charge and the acquittal at trial. In addition, the appellant has challenged the constitutional validity of s. 251 and has also contested its operative effect in the light of the *Canadian Bill of Rights*. Intervention on these matters was sought and accorded to the Attorney General of Canada, the Canadian Civil Liberties Association, the Foundation for Women in Crisis, the Alliance

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson et Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissent*)—Ce pourvoi, qui est devant la Cour de plein droit en vertu du par. (2) de l'art. 618 du *Code criminel*, présente la situation très inusitée, sinon singulièrement exceptionnelle, d'une cour d'appel consignait elle-même un verdict de culpabilité en écartant le verdict d'acquiescement du jury. L'appellant, le Dr Henry Morgentaler, a été acquitté par un jury d'avoir illégalement procuré l'avortement d'une personne du sexe féminin, contrairement à l'art. 251 du *Code criminel*. Ce verdict a été écarté et une déclaration de culpabilité a été consignée par la Cour d'appel du Québec qui n'a pas jugé nécessaire d'ordonner un nouveau procès. Les cinq juges qui constituaient le banc, unanimes dans leur conclusion mais non dans leurs motifs, n'ont examiné que les deux moyens de défense soumis au jury par le juge du procès, un moyen fondé sur l'art. 45 du *Code criminel* et un moyen de *common law* excipant de la nécessité, maintenu par le par. (3) de l'art. 7 du *Code criminel*. La Cour d'appel fut d'avis que l'art. 45 n'était pas un moyen de défense admissible contre une accusation portée en vertu de l'art. 251 (ou, selon l'opinion d'au moins l'un des juges, s'il était admissible, il n'était pas applicable en l'espèce) et que le moyen de défense de nécessité, dans la mesure où en l'espèce il différerait de l'art. 45 et pouvait en être distinct, n'était fondé sur aucune preuve susceptible de le mettre en jeu devant les faits de l'espèce quant à l'un au moins, sinon à tous les éléments à l'égard desquels il fallait, pour s'en prévaloir, soulever un doute raisonnable.

Le pourvoi à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel du Québec est fondé non seulement sur les moyens de défense soumis au jury par le juge du procès, mais aussi sur un certain nombre d'autres points, énoncés ci-dessous, touchant le bien-fondé de l'accusation et celui de l'acquiescement prononcé au procès. En plus, l'appellant a mis en cause la validité constitutionnelle de l'art. 251 et il en a aussi contesté l'effet en regard de la *Déclaration canadienne des droits*. Sur ces questions, des demandes d'intervention ont été faites par le Procureur général

for Life, the Fondation de la Vie, the Front Commun pour le Respect de la Vie and l'Association des Medecins du Québec pour Le Respect de la Vie.

Section 251 of the *Criminal Code*, in its present form, which is as it was when the charge against Dr. Morgentaler was laid, reads as follows:

251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

(a) the administration of a drug or other noxious thing,

(b) the use of an instrument, and

(c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(b) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (a) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage, if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

du Canada, la Canadian Civil Liberties Association, la Foundation for Women in Crisis, l'Alliance for Life, la Fondation de la Vie, le Front Commun pour le Respect de la Vie et l'Association des Médecins du Québec pour Le Respect de la Vie et elles ont été admises.

L'art. 251 du *Code criminel*, dans sa forme actuelle, qui est telle qu'elle était lorsque le Dr Morgentaler a été inculpé, se lit comme suit:

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b) l'emploi d'un instrument, et

c) toute manipulation.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement, si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(5) The Minister of Health of a province may by order

(a) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(c) issued by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or

(b) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(c), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

“accredited hospital” means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;

“approved hospital” means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;

“board” means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;

“Minister of Health” means

(a) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Alberta, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,

(b) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,

(c) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and

(d) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;

(5) Le ministre de la Santé d’une province peut, par ordonnance,

a) requérir un comité de l’avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un autre membre de ce comité, de lui fournir une copie d’un certificat mentionné à l’alinéa (4)c) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu’il peut exiger au sujet des circonstances entourant l’émission de ce certificat, ou

b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l’avortement d’une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l’alinéa (4)c), de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu’il peut exiger au sujet de l’obtention de l’avortement.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l’avortement thérapeutique» d’un hôpital désigne un comité formé d’au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

«conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d’administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d’un hôpital accrédité ou approuvé;

«hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d’accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;

«hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;

«médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d’exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l’hôpital mentionné au paragraphe (4);

«ministre de la Santé» désigne

a) dans les provinces, d’Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, d’Alberta, de Terre-Neuve et de l’Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé

b) dans la province de la Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l’assurance-hospitalisation,

c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

d) dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

“qualified medical practitioner” means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;

“therapeutic abortion committee” for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

This provision, consisting of prohibitory terms in subss. (1) and (2) and of relieving terms in subss. (4) and (5) (the other subsections are definition and supporting clauses), is the product, as to its prohibitory terms, of legislation originating in s. 60 of the *Offences against the Person Act*, 1869 (Can.), c. 20, which in turn was founded upon the *Offences against the Person Act*, 1861 (U.K.), c. 100, s. 58. Its relieving provisions were enacted in 1969 by 1968-69 (Can.), c. 38, s. 18.

At the conclusion of the submission by counsel for the appellant and by counsel for the Canadian Civil Liberties Association and counsel for the Foundation for Women in Crisis, the Court announced that it did not need to hear the respondent Crown or the other intervenors on either the constitutional issue or on the applicability and effect of the *Canadian Bill of Rights* because no case was made out on these matters which required an answer. It is nonetheless important, in my opinion, to state why the attack on the validity and operation of s. 251 was rejected.

—II—

First, as to the attack on validity. The contention that s. 251 was invalid as being an encroachment on provincial legislative power in relation to hospitals and to the regulation of the profession of medicine and the practice of medicine was made by the appellant alone. It was founded on the position that s. 251 did not meet the test of valid

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

Cette disposition comprend des clauses d'interdiction, par. (1) et (2), et des clauses d'immunité, par. (4) et (5). Le reste consiste en définitions et accessoires. La source législative des clauses d'interdiction est l'art. 60 de l'*Acte concernant les offenses contre la Personne*, 1869 (Can.), c. 20, qui lui-même était tiré du *Offences against the Person Act*, 1861 (R.U.), c. 100, art. 58. Les clauses d'immunité ont été édictées en 1969 par l'art. 18 du c. 38 de 1968-69 (Can.).

A la conclusion des plaidoiries des avocats de l'appelant, de la Canadian Civil Liberties Association et de la Foundation for Women in Crisis, la Cour a déclaré qu'elle n'avait pas besoin d'entendre le ministère public, intimé, ni les autres intervenants sur la question constitutionnelle et sur l'effet de la *Déclaration canadienne des droits* parce que, sur ces questions, l'on n'avait rien dit qui nécessitait une réponse. Il n'en est pas moins important, à mon avis, d'énoncer pourquoi la contestation de la validité et de l'effet de l'art. 251 a été rejetée.

—II—

D'abord, sur la validité. Seul l'appelant a soulevé la prétention que l'art. 251 serait invalide, comme empiétant sur la compétence législative des provinces à l'égard des hôpitaux et de la réglementation de la profession médicale et de la pratique de la médecine. Il soutient que l'art. 251 ne répond pas au critère de validité des lois de nature crimi-

criminal law set out by Rand J. in the *Margarine Reference, Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*², where that learned judge stated it as follows (at pp. 49-50):

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened

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, . . .

In my opinion, the provisions of s. 251 as it stood after the amendment in 1969 are well within the scope of the tests by which the late Justice Rand would measure a valid exercise of the federal criminal law power.

The wide scope of the exclusive federal criminal law power has been consistently asserted in the relevant case law in both the Privy Council, when it was Canada's ultimate appellate court, and in this Court. Parliament, in fastening upon certain behaviour or conduct or activity as criminal by proscribing it with penal sanctions, exercises a judgment which is not constitutionally impeachable simply because it may attract the opposition of a section of the population. The remedy or relief, as the case may be, lies with Parliament and not with this Court unless it is made plain to the Court that the use of the penal sanction was a colourable or evasive means of drawing into the orbit of the federal criminal law measures that did not belong there, either because they were essentially regulatory of matters within exclusive provincial competence or were otherwise within such exclusive competence.

nelle énoncé par M. le juge Rand dans le renvoi relatif à la margarine, *Renvoi relatif à la validité de l'al. a) de l'art. 5 de la Loi concernant l'industrie laitière*², où le savant juge a dit (aux pp. 49-50):

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher quel mal ou effet public préjudiciable ou indésirable est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et la législature a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés. . .

L'interdiction est-elle alors édictée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? Paix, sécurité, santé, moralité, ordre public: telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit-là, . . .

A mon avis, les dispositions de l'art. 251 modifiées en 1969 répondent très bien au critère auquel aurait fait appel le regretté juge Rand pour mesurer dans un cas particulier la validité de l'exercice de la compétence législative fédérale en droit criminel.

La portée étendue de ce pouvoir fédéral exclusif a été constamment reconnue dans les arrêts pertinents du Conseil privé quand il était le tribunal canadien de dernière instance, aussi bien que dans ceux de cette Cour. Le Parlement, lorsqu'il attribue un caractère criminel à un certain comportement, à une certaine conduite ou à une certaine activité en l'interdisant sous peine de sanctions, exerce un jugement qui n'est pas constitutionnellement attaquant simplement parce qu'il est susceptible de susciter un mouvement d'opposition chez une partie de la population. Le remède ou le recours, selon le cas, est du ressort du Parlement et non de la Cour à moins qu'on ne démontre clairement à la Cour que la sanction pénale est un moyen spécieux ou oblique d'inclure dans le champ du droit criminel fédéral des mesures qui n'y ressortissent pas, soit parce qu'elles visent essentiellement la réglementation de matières de compétence provinciale exclusive soit parce qu'elles ressortissent autrement de cette compétence exclusive.

² [1949] S.C.R. 1.

² [1949] R.C.S. 1.

Counsel for the appellant invoked history to support the submission that whatever the basis of prohibitory abortion legislation when first enacted in England by *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (U.K.), c. 58, the evil aimed at had substantially abated because of improved medical and surgical procedures now known and practised, and especially because of the widely-used surgical suction procedure practised by the appellant to terminate a pregnancy. Counsel relied on the recent judgments of the Supreme Court of the United States in *Roe v. Wade*³ and *Doe v. Bolton*⁴. Those were cases that turned on the scope of the constitutional guarantees of the fourteenth and the ninth amendment of the American Constitution, and were not based on any issue of the limits of federal and state legislative power *inter se*. Indeed, counsel for the appellant conceded that, absent any issue of constitutional guarantees, there could be no valid attack upon the constitutionality of the state abortion legislation in those cases as being a trespass on congressional legislative power. (It should be recalled that there is no general criminal law power in the Congress but it resides rather in the states, qualified only by such power in the field of criminal law as Congress derives from its assigned powers.)

What counsel sought to draw from *Roe v. Wade* and *Doe v. Bolton* was that the present s. 251 of the *Criminal Code* could no longer be supported as legislation for the protection of a pregnant woman's health, and hence that rationale could no longer justify the presence of s. 251 in the *Criminal Code*. This, however, is to attribute to Parliament a particular, indeed exclusive concern under s. 251 with health, to the exclusion of any other purpose that would make it a valid exercise of the criminal law power. I am unable to accept this assessment of the basis of s. 251. Perhaps the matter would have a different face if there was here the kind of material that moved the courts in the *Margarine Reference* (*Reference re Validity*

³ (1973), 410 U.S. 113.

⁴ (1973), 410 U.S. 179.

L'avocat de l'appellant a prétendu que, quel que fût le fondement historique de la législation contre l'avortement lorsqu'elle fut édictée en Angleterre par le *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (R.U.), c. 58, le mal alors visé s'était considérablement atténué en raison des meilleures méthodes médicales et chirurgicales maintenant connues et appliquées, et en particulier en raison de la méthode très répandue de la succion chirurgicale, méthode qu'utilise l'appellant pour interrompre une grossesse. L'avocat a invoqué les jugements récents de la Cour suprême des États-Unis dans *Roe v. Wade*³ et *Doe v. Bolton*⁴. Il s'agit d'arrêts touchant la portée des garanties constitutionnelles des quatorzième et neuvième amendements de la Constitution américaine, et ils ne sont fondés sur aucune question touchant les limites des compétences législatives respectives du fédéral et des États. D'ailleurs, l'avocat de l'appellant a admis qu'en l'absence de toute question de garanties constitutionnelles, il n'y rien dans ces arrêts qui permette d'attaquer la constitutionnalité de la législation des États sur l'avortement en alléguant qu'elle empiète sur la compétence législative du Congrès. (On doit se rappeler que le Congrès n'a aucune compétence législative générale en droit criminel mais que cette compétence appartient plutôt aux États, sous réserve seulement du pouvoir que le Congrès tire de ses pouvoirs assignés.)

Ce que l'avocat a cherché à déduire de *Roe v. Wade* et *Doe v. Bolton* c'est qu'on ne pourrait plus soutenir que le présent art. 251 du *Code criminel* est une loi de protection de la santé de la femme enceinte, et que par conséquent cette considération ne pourrait plus justifier la présence de l'art. 251 dans le *Code criminel*. Mais cela revient à prêter au Parlement une préoccupation particulière, à vrai dire exclusive, pour la santé, à l'exclusion de tout autre motif qui ferait de l'article un exercice valide du pouvoir de légiférer en matière criminelle. Je ne puis accepter cette façon de considérer le fondement de l'art. 251. La question prendrait peut-être un aspect différent si nous trouvions ici le genre de données qui ont porté les tribunaux dans

³ (1973), 410 U.S. 113.

⁴ (1973), 410 U.S. 179.

of Section 5(a) of the Dairy Industry Act)⁵ to hold that the challenged s. 5(a) could no longer be supported as for the protection of health. Moreover, in that case there was no other supporting purpose open (apart from Parliament's power to control exports and imports of margarine). What is patent on the face of the prohibitory portion of s. 251 is that Parliament has in its judgment decreed that interference by another, or even by the pregnant woman herself, with the ordinary course of conception is socially undesirable conduct subject to punishment. That was a judgment open to Parliament in the exercise of its plenary criminal law power, and the fact that there may be safe ways of terminating a pregnancy or that any woman or women claim a personal privilege to that end, becomes immaterial. I need cite no authority for the proposition that Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation. It has done this in respect of gaming and betting by prescribing for lawful operation of pari-mutuel systems (s. 188), by exempting agricultural fairs or exhibitions from certain of the prohibitions against lotteries and games of chance (s. 189(3)) and by expressly permitting lotteries under stated conditions (s. 190). I point also to the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13 as an illustration of a federal statute drawing its validity from the criminal law power which contains various exemptions.

Thus, I see nothing in s. 251(4)(5) that, either alone or in relation to s. 251 as a whole, casts any doubt on its validity. There is, finally, the very relevant point that having regard to the residuary feature of federal legislative power, s. 251 cannot be invalidated unless it be shown that it is in relation to a head of exclusive provincial legislative power. The only suggested bases of invalidation put forward by the appellant were the exclusive provincial powers under s. 92(7)(13) and (16). The

le renvoi sur la margarine (*Renvoi relatif à la validité de l'al. a) de l'article 5 de la Loi concernant l'industrie laitière*)⁵, à décider qu'on ne pouvait plus justifier l'al. a) de l'art. 5 en le tenant pour fondé sur la protection de la santé. De plus, dans cette affaire-là on ne pouvait s'appuyer sur aucun autre but (sauf le pouvoir du Parlement de contrôler l'exportation et l'importation de la margarine). Ce qui est évident à la lecture de la partie de l'art. 251 qui porte interdiction, c'est que le Parlement, exerçant son jugement, a décrété que l'intervention d'une autre personne, voire de la mère elle-même, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indésirable et passible de sanctions. C'est là un jugement que le Parlement pouvait porter dans l'exercice de son pouvoir législatif plénier en matière criminelle, et le fait qu'il puisse exister des moyens sûrs d'interrompre une grossesse ou qu'une ou plusieurs femmes prétendent à un droit individuel de poser ce geste, n'est aucunement pertinent. Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités. Il l'a fait dans le domaine des jeux et paris en permettant l'exploitation légale du pari mutuel (art. 188), en exemptant les foires ou expositions agricoles de certaines interdictions qui frappent les loteries et jeux de hasard (art. 189, par. (3)) et en permettant expressément des loteries sous certaines conditions (art. 190). Je cite aussi la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, c. L-13 comme exemple d'une loi fédérale tirant validité de la compétence criminelle et où sont édictées diverses immunités.

Ainsi, je ne vois rien dans les par. (4) et (5) de l'art. 251, considérés seuls ou en relation avec l'art. 251 dans son ensemble, qui laisse planer quelque doute sur sa validité. Il y a, enfin, le point très pertinent que, compte tenu de l'aspect résiduaire des pouvoirs législatifs fédéraux, l'art. 251 ne peut être déclaré invalide à moins qu'on ne démontre qu'il relève d'un chef énuméré de pouvoir législatif provincial exclusif. Les seules bases possibles de nullification soumises par l'appellant ont été les

⁵ [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179.

⁵ [1949] R.C.S. 1 conf. [1951] A.C. 179.

short answer to these assertions is that in so far as s. 251 has any relationship to the establishment of hospitals or the regulation of the medical profession or the practice thereof, the relationship is so incidental as to be little short of ephemeral.

—III—

I now address myself to the submissions of counsel for the appellant and counsel for the Canadian Civil Liberties Association and counsel for the Foundation for Women in Crisis on the effect of the *Canadian Bill of Rights* upon s. 251. These submissions invoked, in the main, s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 1(b), s. 2(b) and, in one respect, s. 2(e). These provisions read as follows:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(b) impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment;

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

Before summarizing and dealing with the submissions, variously made, on the *Canadian Bill of Rights* there is one matter, advanced by the appellant as bearing on the range of the *Canadian Bill*

pouvoirs exclusifs des législatures provinciales en vertu des par. (7), (13) et (16) de l'art. 92. La brève réponse à ces prétentions c'est que, dans la mesure où l'art. 251 a quelque relation avec l'établissement d'hôpitaux ou la réglementation de la profession ou de la pratique médicale, cette relation est tellement incidente qu'elle en est presque illusoire.

—III—

J'examinerai maintenant les prétentions de l'avocat de l'appelant et de ceux de la Canadian Civil Liberties Association et de la Foundation for Women in Crisis quant à l'effet sur l'art. 251 de la *Déclaration canadienne des droits*. Ces prétentions s'appuient, surtout, sur l'al. a) de l'art. 1 ainsi que sur l'al. b) de l'art. 1 et l'al. b) de l'art. 2 et, sous un aspect particulier, sur l'al. e) de l'art. 2. Ces dispositions se lisent comme suit:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

2. Toute loi au Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition;

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

Avant de résumer et considérer les diverses prétentions basées sur la *Déclaration canadienne des droits* il est une question soulevée par l'appelant quant à la portée de cette *Déclaration* sur laquelle

of *Rights*, upon which I wish to comment. It was counsel's contention that the language in s. 1(a) and s. 1(b) upon which he relied, came from the Constitution of the United States and he urged, in consequence, that the adoption of the language involved the adoption of the decisional law by which it has been elaborated and applied. Since counsel for the appellant abjured any claim that *stare decisis* operated, his submission amounted to this, that decisions of the Supreme Court of the United States should carry weight in the consideration of the particular provisions of the *Canadian Bill of Rights*.

This Court has found such decisions to be helpful in the past and remains receptive to their citation, but they do not carry any authority beyond persuasiveness according to their relevance in the light of context, with due regard to the obvious differences that exist between the statutory *Canadian Bill of Rights* and the guarantees of the Constitution of the United States. To give decisions of the Supreme Court of the United States respectful consideration does not carry us into any such theory of the adopted statute as the appellant propounded. Such a theory might have a place where provincial legislation, already construed by this Court, has been adopted by another provincial legislature. It does not operate in the present case as the appellant would have it.

The contentions under the *Canadian Bill of Rights* were that (1) under s. 1(a) thereof women had a right to privacy, involving at least a qualified right to have pregnancy terminated, especially in the first trimester of pregnancy; (2) the right to security of the person under s. 1(a) was infringed by s. 251 without due process of law because the standard in s. 251(4) ("would or would be likely to endanger her life or health") was so vague, so uncertain and so subjective as among different physicians and as among different therapeutic abortion committees as to deny due process of law; (3) there was a further denial of due process of law in the failure to provide adequate procedural safeguards whereby an applicant may appear, with counsel, if she so pleases, before a therapeutic abortion committee to plead her case; (4) more-

je désire faire des observations. Son avocat a prétendu que le texte de l'al. a) de l'art. 1 et de l'al. b) de l'art. 1 sur lequel il s'appuie, a sa source dans la Constitution des États-Unis et il a soutenu qu'en conséquence l'adoption du texte implique l'adoption de la jurisprudence sur son exégèse et son application. Puisque l'avocat de l'appelant a renoncé à toute prétention que la règle *stare decisis* doit s'appliquer, son argument équivaut à ceci, savoir que les arrêts de la Cour suprême des États-Unis devraient être d'un grand poids dans l'examen des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*.

La Cour a considéré dans le passé que ces arrêts pouvaient être utiles et elle continue à accepter volontiers qu'on les lui cite, mais ils n'ont d'autre autorité qu'une force de persuasion selon leur pertinence à la lumière du contexte, en tenant dûment compte des différences qui existent manifestement entre le caractère statutaire de la *Déclaration canadienne des droits* et celui des garanties de la Constitution des États-Unis. Le fait de considérer avec respect les arrêts de la Cour suprême des États-Unis ne nous entraîne pas dans la théorie de la loi adoptée qu'avance l'appelant. Une théorie de ce genre pourrait se défendre dans un cas où une loi provinciale, déjà interprétée par la Cour, aurait été édictée par la législature d'une autre province. Elle ne joue pas en l'espèce comme le voudrait l'appelant.

Les prétentions fondées sur la *Déclaration canadienne des droits* sont que: (1) en vertu de l'al. a) de l'art. 1 les femmes ont droit à l'intimité, ce qui impliquerait au moins un certain droit d'interrompre leur grossesse, particulièrement dans les premiers trois mois; (2) le droit à la sécurité de la personne en vertu de l'al. a) de l'art. 1 serait enfreint par l'art. 251 sans application régulière de la loi parce que le critère du par. (4) de l'art. 251 («mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière») est tellement vague, tellement imprécis et tellement subjectif pour différents médecins et différents comités d'avortement thérapeutique qu'il constitue une dénégation de l'application régulière de la loi; (3) il y aurait eu violation additionnelle de l'application régulière de la loi dans l'omission de prévoir

over, since there was a right to obtain an abortion under certain circumstances without risking criminal penalty, there was a right to a fair hearing thereon in accordance with the principles of fundamental justice, pursuant to s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*; (5) there was a denial of equality before the law and the protection of the law under s. 1(b) because s. 251(4), in permitting but not compelling the establishment of therapeutic abortion committees and in specifying the number of medical practitioners for those committees, operates unequally in respect of women in rural areas and in areas where no such committees have been established and in relation to women whose economic status prevents the mobility necessary to avail themselves of such committees where they exist, and in any event, creates inequality because the vague standard given to the committees makes varying interpretations and applications thereof inevitable and consequently enables some women to obtain the protection of the law and others not; (6) there was also a denial of due process of law under s. 1(a) for failure to provide for a review of the decisions of therapeutic abortion committees having regard to the vague standard they must apply, the inability of an applicant to plead her case and the want of reasons for the committees' decisions; indeed the failure to require reasons was itself a denial of due process of law; and (7) the fact that a woman is prevented from having and a physician from performing an abortion using safe medically-proven techniques constitutes cruel and unusual treatment; and moreover, the fact that a physician is prevented from and is punished for performing an abortion which is in his judgment, in the best interests of his patient and is with her consent is cruel and unusual punishment.

des garanties de procédure adéquates permettant à une requérante de comparaître et plaider sa cause, avec un avocat si elle le désire, devant un comité de l'avortement thérapeutique; (4) de plus, puisqu'il y a droit à l'avortement dans certaines circonstances sans risque de sanction pénale, il y aurait un droit à audition équitable sur le sujet conformément aux principes de justice fondamentale, sous le régime de l'al. e) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*; (5) il y aurait eu violation du droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi sous le régime de l'al. b) de l'art. 1, parce que le par. (4) de l'art. 251, en permettant l'établissement de comités de l'avortement thérapeutique sans créer d'obligation d'en établir, et en précisant le nombre de médecins qualifiés devant constituer ces comités, s'applique inégalement en ce qui a trait aux femmes des régions rurales ou des régions où aucun comité de ce genre n'a été établi et en ce qui a trait aux femmes qui n'ont pas les moyens financiers nécessaires pour se déplacer de façon à se prévaloir de ces comités là où ils existent, et dans tous les cas, le par. (4) crée une inégalité parce que le critère imprécis sur lequel les comités doivent se baser rend inévitables des interprétations et applications différentes et permet par conséquent à certaines femmes d'obtenir la protection de la Loi tandis que d'autres ne peuvent l'obtenir; (6) il y aurait aussi déni d'application régulière de la loi sous le régime de l'al. a) de l'art. 1, du fait qu'on n'a pas prévu de révision des décisions des comités de l'avortement thérapeutique eu égard à l'imprécision du critère qu'ils doivent appliquer, à l'impossibilité pour une requérante de plaider sa cause et à l'absence d'obligation pour les comités de motiver leurs décisions; le seul fait de ne pas exiger de motifs serait en soi une dénégation de l'application régulière de la loi; et (7) le fait qu'on empêche une femme d'obtenir, et un médecin de pratiquer, un avortement selon des méthodes sûres et médicalement éprouvées, constituerait un traitement cruel et inusité; de plus, le fait qu'un médecin ne peut agir et ne peut éviter de sanctions à l'égard d'un avortement qu'il juge dans le meilleur intérêt de sa patiente et pratique avec le consentement de celle-ci, serait une peine cruelle et inusitée. L'avocat de la Foundation for Women in Crisis a également

It was also submitted by counsel for the Foundation for Women in Crisis that the *Canadian Bill of Rights*, even if considered merely as an aid to interpretation, would support resort to s. 45 as a defence to a charge under s. 251.

This last point does not, in my opinion, give any larger shape to s. 45 than it has under ordinary principles of construction applicable to enactments which provide shelter against conduct that would otherwise be criminal. Point 7 in the submissions on the *Canadian Bill of Rights* fails because it ignores the contextual importance of the words "impose" and "imposition". I am unable to agree that the mere prohibition of abortions save as permitted by s. 251(4)(5) involves any imposition of treatment; nor can it be said that a physician or other person who runs foul of the abortion law is subjected to cruel or unusual punishment if he is sentenced to a term of imprisonment for his criminal conduct. Counsel's submission here inverts s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* into a proscription against making conduct criminal. It is quite untenable.

I deal with points (3) and (4) together, and the short answer to them is that the dispensations afforded by compliance with s. 251(4) and (5) do not involve any issue of deprivation of a right which may require an opportunity to be heard with or without counsel. Nothing is being taken away under s. 251(4) and (5); they simply permit a person to make conduct lawful which would otherwise be unlawful. I note in this connection that s. 251(4) and (5) envisage that a qualified medical practitioner will be involved in the review by a therapeutic abortion committee of the case of a pregnant female who seeks lawfully to terminate her pregnancy. Point 6 is a related point and I am unable to see how due process of law in s. 1(a) can be said to require express provision for review of a therapeutic abortion committee's decisions or can require that reasons be given for them. There is no violation of due process of law even in the case of quasi-judicial or regulatory statutory bodies where

soutenu que la *Déclaration canadienne des droits*, même considérée simplement comme un guide d'interprétation, peut étayer un recours à l'art. 45 comme moyen de défense à l'encontre d'une inculpation portée en vertu de l'art. 251.

Ce dernier point ne donne pas à l'art. 45, à mon avis, un cadre plus vaste que les principes ordinaires d'interprétation qui s'appliquent à un texte prévoyant une immunité pour un comportement qui serait autrement de nature criminelle. Le 7^e point soulevé dans les prétentions relatives à la *Déclaration canadienne des droits* ne peut être retenu, parce qu'il méconnaît l'importance contextuelle des mots «infliger» et «imposition». Je ne puis admettre que la simple interdiction de pratiquer des avortements excepté de la façon permise par les par. (4) et (5) de l'art. 251, comporte quelque imposition de traitement; on ne peut pas non plus dire qu'un médecin ou une autre personne qui agit à l'encontre des lois sur l'avortement est soumis à une peine cruelle ou inusitée s'il est condamné à une période d'emprisonnement à la suite de son comportement criminel. La prétention de l'avocat invertit l'al. b) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* et en fait une interdiction de rendre criminel un comportement. C'est tout à fait insoutenable.

Je traite des points (3) et (4) ensemble, et la brève réponse c'est que l'immunité accordée à la femme qui se conforme aux par. (4) et (5) de l'art. 251 ne comporte pas de privation de droit qui exige qu'elle soit entendue avec ou sans avocat. Sous le régime des par. (4) et (5) de l'art. 251 personne n'est privé de quelque chose; on permet simplement de poser légalement un geste qui autrement serait illégal. Je note à ce sujet que les par. (4) et (5) de l'art. 251 veulent qu'un médecin qualifié joue un rôle dans l'examen par le comité de l'avortement thérapeutique du cas de la femme enceinte qui désire interrompre légalement sa grossesse. Le 6^e point est connexe et je ne puis voir comment on peut dire que l'application régulière de la loi selon l'al. a) de l'art. 1 peut exiger que l'on prévoie expressément la révision des décisions des comités de l'avortement thérapeutique ou que ces décisions soient motivées. Il n'y a pas de violation de l'application régulière de la loi même dans

no provision is made for review of their determinations.

Point 1 and point 2 of the submissions on the *Canadian Bill of Rights* may be dealt with together. They raise the question considered by this Court in *Curr v. The Queen*⁶ whether s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* can be read as inviting this Court to pass on the substantive quality of legislation as well as on the adequacy of procedural safeguards for the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, as specified in s. 1(a). The contentions of counsel who would impugn s. 251 in the light of s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* are founded, as to point 1, on the decisions of the Supreme Court of the United States in the *Wade* and *Bolton* cases previously cited; and, as to point 2, are founded to a degree on those cases and on other decisions in the United States, such as that in *The People v. Barksdale*⁷, a judgment of the Supreme Court of California.

This Court indicated in the *Curr* case how foreign to our constitutional traditions, to our constitutional law and to our conceptions of judicial review was any interference by a court with the substantive content of legislation. No doubt, substantive content had to be measured on an issue of *ultra vires* even prior to the enactment of the *Canadian Bill of Rights*, and necessary interpretative considerations also had and have a bearing on substantive terms. Of course, the *Canadian Bill of Rights* introduced a new dimension in respect of the operation and application of federal law, as the judgments of this Court have attested. Yet it cannot be forgotten that it is a statutory instrument, illustrative of Parliament's primacy within the limits of its assigned legislative authority, and this is a relevant consideration in determining how far the language of the *Canadian Bill of Rights* should be taken in assessing the quality of federal enactments which are challenged under s. 1(a). There is as much a temptation here as there is on the question of *ultra vires* to consider the wisdom

le cas d'organismes statutaires quasi judiciaires ou réglementaires dont aucune disposition ne prévoit la révision de leurs décisions.

Les points (1) et (2) des prétentions fondées sur la *Déclaration canadienne des droits* peuvent être considérés ensemble. Ils soulèvent la question étudiée par la Cour dans *Curr c. La Reine*⁶, savoir, si l'on peut voir dans l'al. a) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* une invitation à examiner la valeur intrinsèque de la législation autant que celle des garanties de procédure à l'égard du droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne et à la jouissance de ses biens, énoncé à l'al. a) de l'art. 1. Les prétentions de l'avocat qui attaquent l'art. 251 en vertu de l'al. a) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* sont fondées, quant au premier point, sur les décisions de la Cour suprême des États-Unis dans les arrêts *Wade* et *Bolton* cités plus haut; et, quant au second point, sur ces mêmes arrêts jusqu'à un certain point ainsi que sur d'autres décisions américaines, comme *The People v. Barksdale*⁷, un arrêt de la Cour suprême de la Californie.

La Cour a indiqué dans l'arrêt *Curr* combien était étrangère à nos traditions constitutionnelles, à notre droit constitutionnel et à nos conceptions de l'examen judiciaire, toute immixtion d'un tribunal dans les principes des lois. Sans doute, même avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, ces principes devaient être appréciés lorsqu'une question d'*ultra vires* se posait, et l'interprétation avait également et garde toujours un certain effet à cet égard. Évidemment la *Déclaration canadienne des droits* a introduit une dimension nouvelle à l'égard de l'effet et de l'application des lois fédérales, comme les décisions de cette Cour l'ont confirmé. On ne peut cependant oublier qu'elle est un texte statutaire, qui illustre la primauté du Parlement dans les limites de ses pouvoirs législatifs, et c'est un élément pertinent pour décider jusqu'où va l'effet de la *Déclaration canadienne des droits* à l'égard des textes fédéraux qui sont attaqués en vertu de l'al. a) de l'art. 1. La tentation de considérer la sagesse de la loi est aussi grande ici que lorsque se pose la question de l'*ultra*

⁶ [1972] S.C.R. 889.

⁷ (1972), 503 P. 2d 257.

⁶ [1972] R.C.S. 889.

⁷ (1972), 503 P. 2d 257.

of the legislation, and I think it is our duty to resist it in the former connection as in the latter.

I am not, however, prepared to say, in this early period of the elaboration of the impact of the *Canadian Bill of Rights* upon federal legislation, that the prescriptions of s. 1(a) must be rigidly confined to procedural matters. There is often an interaction of means and ends, and it may be that there can be a proper invocation of due process of law in respect of federal legislation as improperly abridging a person's right to life, liberty, security and enjoyment of property. Such a reservation is not, however, called for in the present case.

The contention under point 1 that a right of privacy, as an element of liberty, is protected against federal invasion, is founded upon *Roe v. Wade, supra*. Yet that case did not recognize this as absolute to the exclusion of a state interest to protect health or potential life. Rather, it sought to balance its recognition of the right to privacy (that is, the right to decide on an abortion) with the right, time-wise, of the state to interfere. (The Supreme Court of the United States disclaimed any intention to support abortion on demand, and, indeed, no such claim was advanced by counsel for the appellant or by his supporting intervenors in the present case.) In a situation such as exists in Canada, where there is an exclusive national federal criminal law power and no constitutionally entrenched Bill of Rights, I am unable to agree that we would be warranted in dividing the normal gestation period into zones of interest, one or more to be protected against state interference and another or others not. This is altogether apart from the question whether "liberty" in s. 1(a) embraces privacy or freedom of choice in any such sense as to entitle a pregnant woman to claim that the federal Parliament may not legislate as it has done in s. 251 in its present form.

vires, et je crois qu'on se doit de ne pas y succomber dans un cas comme dans l'autre.

Alors que la définition de l'impact de la *Déclaration canadienne des droits* sur les lois fédérales n'en est présentement qu'à ses débuts, je ne suis pas, néanmoins, prêt à dire que la règle de l'al. a) de l'art. 1 doit être rigoureusement restreinte à des questions de procédure. Il existe souvent une interaction entre la fin et les moyens, et il est possible qu'on puisse à bon droit invoquer la règle de l'application régulière de la loi à l'encontre d'une loi fédérale pour dire qu'elle enfreint irrégulièrement le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens. Cela ne peut, cependant, être retenu en l'espèce.

Sur le 1^{er} point, le droit à l'intimité qu'on réclame, à titre d'élément du droit à la liberté qui serait l'abri d'invasion par le pouvoir fédéral, est fondé sur l'arrêt *Roe v. Wade, supra*. Pourtant cet arrêt-là ne reconnaît pas cette protection comme absolue à l'exclusion de tout droit de l'état d'intervenir en temps opportun pour assurer la protection de la santé ou de la vie latente. Il tente plutôt de concilier la reconnaissance du droit à l'intimité (c'est-à-dire, le droit de décider de recourir à l'avortement) avec, en même temps, le droit d'intervention de l'État. (La Cour suprême des États-unis a désavoué toute intention de favoriser l'avortement sur demande, et, en vérité, aucune préten-tion en ce sens n'a été avancée par l'avocat de l'appelant ou ceux qui sont intervenus en sa faveur.) Dans une situation comme celle qui existe au Canada, où il existe un pouvoir fédéral national exclusif en matière criminelle et où n'existe pas de Déclaration des droits insérée dans la Constitution, je ne puis admettre que nous soyons autorisés à diviser la période normale de gestation en zones d'intérêt, dont l'une ou quelques-unes seraient à l'abri de l'intervention de l'État alors que l'autre ou les autres ne le seraient pas. Cela est tout à fait indépendant de la question de savoir si à l'al. a) de l'art. 1 «liberté» comprend intimité ou liberté de choix dans un sens propre à permettre à une femme enceinte de soutenir que le Parlement fédéral ne peut pas légiférer comme il l'a fait à l'art. 251 dans sa forme actuelle.

Appellant's contentions on the constitutional validity of s. 251 were in some measure based on the same considerations that the intervenors, Canadian Civil Liberties Association and the Foundation for Women in Crisis, urged in challenging s. 251 under s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*. The challenge, in my view, fails in the latter respect as it failed in the former.

The contention under point 2 is equally untenable as an attempt to limit the substance of legislation in a situation which does not admit of it. In submitting that the standard upon which therapeutic abortion committees must act is uncertain and subjective, counsel who make the submission cannot find nourishment for it even in *Doe v. Bolton*. There it was held that the prohibition of abortion by a physician except when "based upon his best clinical judgment that an abortion is necessary" did not prescribe a standard so vague as to be constitutionally vulnerable. *A fortiori*, under the approach taken here to substantive due process, the argument of uncertainty and subjectivity fails. It is enough to say that Parliament has fixed a manageable standard because it is addressed to a professional panel, the members of which would be expected to bring a practised judgment to the question whether "the continuation of the pregnancy . . . would or would be likely to endanger . . . life or health". Moreover, I am of the view that Parliament could assign such an exercise of judgment to a professional group without colliding with any imperatives called for by due process of law under s. 1 (a).

Finally, in the catalogue of submissions under the *Canadian Bill of Rights* is point 5 which, understandably, shows concern for the effect of place or area of residence (where remote from hospitals or where there is a dearth of qualified physicians) and economic status on the availability and accessibility of the services under s. 251(4) and (5) of the *Criminal Code*, through which an

Les prétentions de l'appelant sur la validité constitutionnelle de l'art. 251 sont jusqu'à un certain point fondées sur les mêmes considérations que celles que les intervenantes, le Canadian Civil Liberties Association et la Foundation for Women in Crisis, ont mises de l'avant pour contester la validité de l'art. 251 en vertu de l'al. a) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. A mon avis, la contestation n'est pas mieux fondée sous ce dernier aspect que sous le premier.

La prétention avancée sur le 2^e point est également insoutenable parce qu'on veut restreindre la portée d'une loi dans une situation qui ne s'y prête pas. Les avocats qui prétendent que le critère prescrit aux comités de l'avortement thérapeutique est imprécis et subjectif, ne peuvent rien trouver à l'appui de cette prétention même dans l'arrêt *Doe v. Bolton*. En cette affaire-là il a été décidé que l'interdiction au médecin de procurer l'avortement sauf lorsque [TRADUCTION] «d'après son meilleur jugement fondé sur un examen physique, un avortement est nécessaire» ne prescrit pas un critère assez peu précis pour être constitutionnellement vulnérable. *A fortiori*, de la façon dont on aborde ici la question de l'application régulière des garanties légales aux principes de droit, l'argument d'imprécision et de subjectivité ne peut être retenu. Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «la continuation de la grossesse . . . mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé . . .». De plus, je suis d'avis que le Parlement peut confier à un groupe d'hommes de l'art l'exercice d'un tel jugement sans heurter d'impératif issue de l'exigence d'application régulière de la loi sous le régime de l'al. a) de l'art. 1.

Finalement, dans la liste des prétentions basées sur la *Déclaration canadienne des droits* il reste le point n° 5 qui, cela se comprend, fait état des conséquences que le lieu de résidence et la situation financière de l'intéressée peuvent avoir sur la disponibilité et l'accessibilité des services visés aux par. (4) et (5) de l'art. 251 du *Code criminel*, auxquels on peut recourir pour demander

abortion may be sought without risk of criminality. The contention that there is here a denial of equality before the law and the protection of the law necessarily assesses s. 251(4) and (5) according to whether it gives its advantages to all sections of the Canadian community, enabling them to avail themselves of it in whatever part of Canada they may be and regardless of their economic status. Assessment on this basis would make the operation of s. 251(4) and (5) depend on there being a certain distribution of physicians throughout the country and on the availability of hospitals in all areas. It would mean too that the Court would have to come to some conclusion on what distribution would satisfy equality before the law, and that the Court would have to decide how large or small an area must be within which an acceptable distribution of physicians and hospitals must be found. This is a reach for equality by judicially unmanageable standards, and is posited on the theory that the Court should either give directions for the achievement of relative equality of access to therapeutic abortion committees and approved hospitals to overcome an alleged legislative shortcoming, or should strike down not only subs. (4) and (5) of s. 251 (which would leave an unqualified prohibition of abortion) but the whole section as being inseverable.

I do not regard s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* as charging the courts with supervising the administrative efficiency of legislation or with evaluating the regional or national organization of its administration, in the absence of any touchstone in the legislation itself which would indicate a violation of s. 1(b) including the specified prohibitions of discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex. There is nothing of this sort in s. 251. Nor is that section vulnerable to attack on any substantive ground inhering in the command of "equality before the law and the protection of the law". There may be situations where, in determining whether federal legislation is incompatible with s. 1(b) or other provisions of the *Canadian Bill of Rights*, the Court may have to examine and come to a conclusion on the purpose or object of the challenged legislation and decide whether its provisions bear a rational rela-

un avortement sans risque de sanction criminelle. (Les hôpitaux peuvent être éloignés ou il peut y avoir pénurie de médecins qualifiés.) La prétention qu'il existe ici un déni de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi implique nécessairement que les par. (4) et (5) de l'art. 251 dispensent leurs avantages à tous les secteurs de la collectivité canadienne et permettent à tous de s'en prévaloir où qu'ils soient au Canada et indépendamment de leur situation financière. Une telle interprétation subordonne l'application des par. (4) et (5) de l'art. 251 à une certaine répartition des médecins à travers le pays et à la disponibilité d'hôpitaux dans toutes les régions. Elle signifie aussi que la Cour doit décider quelle répartition satisfait à l'égalité devant la loi, et qu'il lui incombe de déterminer l'étendue de la région où l'on doit trouver une répartition suffisante de médecins et d'hôpitaux. C'est là viser à l'égalité selon des critères que les tribunaux ne peuvent appliquer, et échafauder la théorie que la Cour doit, soit donner des directives visant à réaliser une égalité relative d'accès aux comités de l'avortement thérapeutique et aux hôpitaux approuvés afin de remédier à ce qui serait une lacune législative, soit annuler non seulement les par. (4) et (5) de l'art. 251 (ce qui laisserait une interdiction absolue de procurer un avortement) mais l'article au complet en le considérant comme indivisible.

A mon avis l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* ne confie pas aux tribunaux la surveillance du fonctionnement des lois ni l'appréciation de la façon dont leur administration est organisée à l'échelle régionale ou nationale, en l'absence, dans la loi elle-même, de quelque critère qui indique une violation de l'al. b) de l'art. 1, comme l'interdiction spécifique de toute discrimination suivant la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou le sexe. Il n'y a rien de semblable dans l'art. 251. Cet article ne donne pas prise non plus à une attaque basée sur le commandement prescrivant «l'égalité devant la loi et la protection de la loi». Il peut exister des situations où, en décidant si une loi fédérale est incompatible avec l'al. b) du par. (1) ou d'autres dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour doit se livrer à un examen et tirer une conclusion sur le but ou l'objet d'une loi contestée et décider si

tion to that purpose. The present case does not raise this issue when there is nothing to show that s. 251 offends against the prohibited discriminations or is otherwise offensive to s. 1(b). I do not find any judicial basis for impeaching s. 251 under s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* because not all persons affected by s. 251 may find it feasible because of geographical or economic considerations to take shelter under its exculpating terms.

Whether s. 251 be viewed as primarily a criminal prohibition subject to a dispensing provision, or as establishing a forum and a formula for lawful abortions which must be followed on pain of criminality, I see nothing in it which warrants this Court in either blunting its operation or rendering it inoperative as incompatible with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. Both the prohibition in s. 251 and its relieving terms are general in their application; and in qualifying the prohibition against the intentional procurement of a miscarriage by a requirement of certification of likely danger to life or health by a medical practitioner and interposing the safeguards of a medical screening committee and performance of the abortion in an accredited or approved hospital, Parliament has made a judgment which does not admit of any interference by the courts. Nor can I regard Parliament's prescription of the number to constitute a therapeutic abortion committee, nor the limitation that the performance of authorized abortions be in an approved or accredited hospital as raising a judicially reviewable question. Any unevenness in the administration of the relieving provisions is for Parliament to correct and not for the courts to monitor as being a denial of equality before the law and the protection of the law.

Counsel for the appellant took the point, which was elaborated in great detail in the appellant's factum, that since the prosecution in this case was initiated by an indictment preferred by the Attorney General of Quebec who signed it personally, there was a duty upon the Attorney General to act

ses dispositions ont un rapport rationnel avec ce but. En l'espèce, cette question ne se pose pas puisque rien n'indique que l'art. 251 comporte une discrimination interdite ou contrevient d'une autre façon à l'al. b) de l'art. 1. Je ne vois rien qui permette aux tribunaux d'invalider l'art. 251 en vertu de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* sous prétexte que les personnes visées ne pourront peut-être pas toutes, en raison de considérations géographiques ou économiques, se prévaloir de ses clauses justificatives.

Que l'art. 251 soit considéré comme une interdiction de nature criminelle assujettie à une clause d'immunité, ou comme l'établissement d'une juridiction et d'une formule d'avortement légal qu'il faut suivre sous peine de sanctions criminelles, je n'y vois rien qui permette à cette Cour d'en émousser l'effet ou de le déclarer inopérant pour cause d'incompatibilité avec l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. L'interdiction édictée par l'art. 251, de même que les clauses d'immunité qu'il contient, sont d'application générale; et lorsqu'il a atténué l'interdiction de l'avortement intentionnel en exigeant un certificat d'un médecin qualifié sur l'existence probable d'un danger pour la vie ou la santé, introduit la garantie d'un comité médical de contrôle et exigé que l'avortement soit pratiqué dans un hôpital accrédité ou approuvé, le Parlement a porté un jugement qui ne tolère aucune intervention des tribunaux. Je ne puis pas non plus considérer que les prescriptions du Parlement sur le nombre de personnes qui doivent constituer un comité de l'avortement thérapeutique, ou la restriction qui prescrit que l'avortement ne soit pratiqué que dans un hôpital approuvé ou accrédité, soulèvent une question susceptible d'examen judiciaire. Tout inégalité dans l'administration des dispositions d'immunité est du ressort du Parlement, il n'appartient pas aux tribunaux de la contrôler à titre de déni de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi.

L'avocat de l'appellant a soulevé l'argument, développé extensivement dans son factum, que puisque la poursuite a été introduite au moyen d'une inculpation directe émanant du procureur général du Québec qui l'a signée personnellement, il incombait à ce dernier d'agir de façon judiciaire

judicially in the exercise of his power and he had not so acted. It was contended further that s. 507(3) of the *Criminal Code*, under which the indictment was preferred, was in conflict with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* as being a denial of equality before the law and the protection of the law. As to the submission that there was a duty to act judicially which had been violated it is enough to adopt the ruling on this point of the trial judge, as follows:

Even assuming . . . that the attorney general in signing the preferred indictment was exercising a quasi-judicial function, I do not think that there is anything before me which would entitle me to hold that such discretion had been improperly exercised.

The contention on the *Canadian Bill of Rights* must also be rejected. It is founded on the proposition that the accused had a right to a preliminary inquiry, and on the further proposition that he had a right to have the indictment screened by a grand jury before its presentation to the Court. In short, the submission is that uniformity of criminal law administration across Canada is involved in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. I do not find any violation of the *Canadian Bill of Rights* simply because our criminal law and procedure provide for alternative methods of bringing an accused person to trial. The methods prescribed have their roots in history, and this is a relevant factor in considering whether there is a denial of equality before the law. The submission of the appellant here, if accepted, would entail desistment from trial by judge alone because trial by jury is also prescribed or *vice versa*. Modes of trial or modes of bringing an accused to trial are not, by reason of their number, and consequent choice of one or another, whether by the prosecution or by an accused, in violation of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*: see *Smythe v. The Queen*⁸.

—IV—

I turn now to the facts of the present case and to the legal issues raised by those facts under the

⁸ [1971] S.C.R. 680.

dans l'exercice de ce pouvoir, ce qu'il n'aurait pas fait. Il a de plus prétendu que le par. (3) de l'art. 507 du *Code criminel* en vertu duquel l'inculpation a été faite, allait à l'encontre de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'il constituait une dénégation de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi. Quant à la prétention qu'il existait un devoir d'agir de façon judiciaire, devoir qui n'aurait pas été respecté, il me suffit d'adopter la décision du juge de première instance sur ce point, laquelle est comme suit:

[TRADUCTION] Même si l'on admet . . . que le procureur général en signant l'inculpation directe exerçait une fonction quasi judiciaire, je ne crois pas qu'il y ait devant moi quelque chose qui m'autorise à décider que cette discrétion a été irrégulièrement exercée.

L'argument fondé sur la *Déclaration canadienne des droits* doit aussi être rejeté. Il s'appuie sur la prétention que l'accusé avait droit à une enquête préliminaire, et sur celle qu'il avait droit à ce que l'acte d'accusation soit examiné par un grand jury avant d'être présenté à la Cour. En résumé, l'argument est que l'application uniforme du droit criminel à travers le Canada est visée par l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. Je ne vois pas qu'il y ait violation de la *Déclaration canadienne des droits* du seul fait que notre procédure en matière criminelle prévoit des méthodes différentes d'amener à son procès un inculpé. Les méthodes prescrites ont une origine historique, et c'est un facteur pertinent à considérer en examinant s'il y a eu négation de l'égalité devant la loi. L'argument de l'appelant, s'il était admis, obligerait un juge seul à se désister pour le motif qu'un procès par jury est également prescrit et *vice versa*. L'existence de plusieurs modes de procès ou modes de citation à procès n'est pas, du fait de cette diversité, et, par conséquent, du choix porté sur l'un ou l'autre par le poursuivant ou par l'accusé, une violation de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*: voir *Smythe c. La Reine*⁸.

—IV—

Je passe maintenant aux faits en l'espèce et aux questions soulevées sur ces faits selon le *Code*

⁸ [1971] R.C.S. 680.

Criminal Code. The appellant was charged with performing an illegal abortion on August 15, 1973, upon a twenty-six year old unmarried female who had come to Canada from a foreign country in 1972 on a student visa. She was without family or close friends in Canada, ineligible to take employment and also ineligible for Medicare benefits. On becoming apprehensive of possible pregnancy in July, 1973, she consulted a physician in general practice who referred her to a gynecologist. He confirmed that she was pregnant, but refused assistance to procure an abortion. On her own initiative she canvassed five Montreal hospitals by telephone and learned that if an abortion was to be performed she would have to bear the fees of a surgeon and an anaesthetist, and could envisage two or three days' hospitalization at \$140 per day. This was far beyond her means.

Throughout the period following her apprehension and the confirmation of her pregnancy and until the abortion performed by the appellant, she was anxious, unable to eat or sleep properly, prone to vomiting and quite depressed. Her condition had an adverse effect upon her studies and it was aggravated by her being told that the longer she delayed in having an abortion the more dangerous it would be. One hospital offered her an appointment (which would result in her case coming before the therapeutic abortion committee) at the end of August, 1973, when she would be eight to ten weeks pregnant. She got in touch with the appellant at the suggestion of a hospital or hospitals that she had contacted. There is some discrepancy between her evidence and that of the appellant as to the scope and nature of the conversation between them when she visited his clinic where the abortion was performed. In this appeal I think it proper to accept the evidence of the appellant who testified that his discussion with her went beyond asking whether she had previously had an abortion, when she realized she was pregnant and what his fee would be. He asserted that the conversation also encompassed reference to her country of origin, her vocation, her marital status and why an abortion was necessary. During the conversation the appellant said that he assessed the necessity of an abortion by reference to her state of anxiety,

criminel. L'appelant a été inculpé d'avoir procuré illégalement, le 15 août 1973, l'avortement d'une célibataire âgée de 26 ans qui était venue au Canada en 1972 avec un visa d'étudiant. Elle n'avait au Canada ni parents ni amis, elle ne pouvait occuper un emploi et n'était pas non plus admissible au bénéfice du régime d'assurance-médicale. Commenant à redouter la possibilité d'une grossesse, elle consulta, en juillet 1973, un omnipraticien qui l'envoya voir un gynécologue. Celui-ci confirma qu'elle était enceinte mais refusa de l'aider à obtenir un avortement. Elle fit d'elle-même des démarches par téléphone auprès de cinq hôpitaux de Montréal et apprit que si un avortement devait être pratiqué, elle devait payer les honoraires d'un chirurgien et d'un anesthésiste, et qu'elle pouvait prévoir deux ou trois jours d'hospitalisation à \$140 par jour. Cela dépassait de beaucoup ses moyens.

Durant la période qui a suivi sa crainte d'être enceinte et la confirmation du fait et jusqu'à ce que l'avortement soit pratiqué par l'appelant, elle était soucieuse, elle mangeait et dormait mal, elle était sujette à des vomissements et très déprimée. Son état lui a nui dans la poursuite de ses études et ce fut pire lorsqu'on lui eut dit que plus elle retarderait l'avortement, plus ce serait dangereux. Un hôpital lui proposa un rendez-vous (ce qui aurait eu pour résultat que son cas soit soumis à un comité de l'avortement thérapeutique) à la fin d'août 1973 alors qu'elle aurait été enceinte de huit à dix semaines. Elle s'adressa à l'appelant à la suggestion d'un ou de plus d'un des hôpitaux où elle avait téléphoné. Il y a quelque divergence entre son témoignage et celui de l'appelant sur la portée et la nature de la conversation qu'ils ont eue lorsqu'elle a visité la clinique de l'appelant où l'avortement a été pratiqué. Dans ce pourvoi, je me crois fondé à accepter le témoignage de l'appelant qui a déclaré que leur entretien ne s'est pas limité à lui demander si elle avait déjà eu un avortement et quand elle s'était rendue compte qu'elle était enceinte, et à discuter du montant des honoraires. Il soutient que dans leur conversation il a été aussi question de son pays d'origine, de son occupation, de son état matrimonial et de la raison pour laquelle un avortement était nécessaire. L'appelant a déclaré qu'au cours de la conversation il avait

her inability to eat or sleep properly and the consequent adverse effect on her physical health. He also considered that her determination to have an abortion might lead her to do something foolish. The appellant was aware that his patient had approached a number of hospitals without success, but did not know that she had been offered an appointment at the end of August, 1973.

The appellant's competence to perform the abortion was unquestioned. I do not think that the fact that he has performed numerous abortions should have any adverse bearing on any defence that was open to him in this case. As a competent surgeon, the fact of his specialization should make it more likely than not that he would be in a better position than a non-specialist to determine, relative to a patient's state of pregnancy and to her state of physical and mental health, whether abortifacient surgery should be carried out at the particular time. The trial Judge stated in imposing sentence upon the appellant (as directed by the Quebec Court of Appeal when it set aside the jury's acquittal and entered a conviction) that there was substantial evidence at the trial that had this woman gone to an accredited hospital, she would have received the approval of a therapeutic abortion committee to have an abortion performed, but, of course, it was merely speculation whether she would in fact have received such approval. In short, according to the trial Judge, there was evidence upon which the therapeutic abortion committee could conclude that the continuation of her pregnancy would or would be likely to endanger her life or her health, but that did not mean that it would so conclude. Since she would have been eight to ten weeks pregnant when her case might have come before the therapeutic abortion committee at the end of August, 1973, and since the decision might not have been made promptly or might have been adverse, the question of likely danger to health if not also to life would not be an idle one.

In charging the jury, the trial judge told them that they were entitled to consider two defences, namely, that of necessity, preserved as a common

judged de la nécessité d'un avortement en se fondant sur l'état d'anxiété, l'incapacité de dormir ou manger régulièrement et le préjudice que pourrait en subir la santé physique de la patiente. Il a aussi considéré que sa détermination à obtenir un avortement pourrait pousser à poser un geste irréfléchi. L'appelant savait que sa patiente avait fait sans succès des démarches auprès de certains hôpitaux, mais ignorait qu'elle avait un rendez-vous à la fin d'août 1973.

La compétence de l'appelant pour pratiquer un avortement n'est pas discutée. Je ne pense pas que le fait qu'il ait pratiqué de nombreux avortements doive porter préjudice aux moyens de défense qu'il peut faire valoir en l'espèce. A titre de chirurgien compétent, le fait de sa spécialisation devrait normalement le placer dans une meilleure position qu'un non-spécialiste pour décider eu égard à l'état de grossesse d'une patiente et à son état physique et mental, si à un moment précis un avortement chirurgical doit être pratiqué. Le juge de première instance a dit en prononçant la sentence de l'appelant (en conformité de l'arrêt de la Cour d'appel écartant le verdict d'acquiescement et consignait un verdict de culpabilité) qu'il y avait eu au procès une preuve que si cette femme s'était rendue dans un hôpital accrédité, elle aurait reçu d'un comité de l'avortement thérapeutique l'autorisation d'obtenir un avortement, mais, bien entendu, cela n'était qu'une conjecture. En résumé, selon le juge de première instance, il y avait des éléments de preuve sur lesquels le comité de l'avortement thérapeutique aurait pu se fonder pour décider que la continuation de la grossesse de cette femme aurait mis ou aurait probablement mis en danger sa vie ou sa santé, mais cela ne voulait pas dire qu'il aurait décidé en ce sens. Comme elle aurait été enceinte de huit à dix semaines lorsque, à la fin d'août 1973, son cas aurait été soumis au comité de l'avortement thérapeutique, et puisque la décision aurait pu n'être pas prise promptement ou être défavorable, la probabilité d'un danger à la santé sinon à la vie n'était pas une question oiseuse.

En donnant ses directives aux jurés, le juge de première instance leur a dit qu'ils pouvaient considérer deux moyens de défense, soit, le moyen de

law defence under s. 7(3) of the *Criminal Code* and a defence open under s. 45 of the *Criminal Code* which reads as follows:

45. Every one is protected from criminal responsibility for performing a surgical operation upon any person for the benefit of that person if

(a) the operation is performed with reasonable care and skill, and

(b) it is reasonable to perform the operation, having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and to all the circumstances of the case.

The acquittal of the accused by the jury may have been based on both defences or on one or other of them but, of course, this was not a matter within the knowledge of the trial Judge or of the appellate Court.

In determining whether the two defences are open on a charge under s. 251 and, if open, whether there was any evidence upon which they, or either of them, should have been left to the jury, it is, of course, proper to consider that under s. 251 itself there is a procedure through which an abortion may lawfully be procured and performed. The Quebec Court of Appeal was of the opinion that s. 45 could not be invoked in defence of a charge under s. 251, the majority of the Court holding that it was not open having regard to s. 251(4), and two members of the Court indicating that in this case it did not differ in any material way from the defence of necessity. There was, however, agreement by the members of that Court that in this case the defence of necessity was open. They went on to say that this defence demanded that there be evidence to make it as probable as not that it was necessary to perform the abortion because of the probable danger in the circumstances to the physical or mental health of the woman from the continuation of her pregnancy and, further, that it was, in the light of all the circumstances, impossible to fulfil the conditions for a lawful abortion under s. 251(4) at the time and in the circumstances under which the necessity for performing it was determined.

nécessité, qui est un moyen de *common law* maintenu par le par. (3) de l'art. 7 du *Code criminel*, et le moyen prévu à l'art. 45 du *Code criminel*, qui se lit comme suit:

45. Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,

a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et

b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.

L'acquiescement de l'accusé par le jury peut être fondé sur les deux moyens ou sur un seul mais, naturellement, cela n'était pas à la connaissance du juge de première instance ou de la Cour d'appel.

En décidant si les deux moyens sont admissibles à l'encontre d'une inculpation portée en vertu de l'art. 251 et, dans l'affirmative, s'il y avait à l'appui des deux, ou de l'un des deux, quelque élément de preuve sur lequel les soumettre à la décision du jury, on peut à bon droit faire entrer en ligne de compte qu'en vertu de l'art. 251 lui-même il existe une procédure permettant de procurer et de pratiquer légalement un avortement. La Cour d'appel du Québec a été d'avis que l'art. 45 ne pouvait pas être invoqué comme moyen de défense à l'encontre d'une inculpation portée en vertu de l'art. 251, la majorité de la Cour statuant que l'article n'était pas opposable en raison du par. (4) de l'art. 251, et deux membres de la Cour déclarant qu'en l'espèce il ne différait pas fondamentalement de la défense de nécessité. Cependant, les membres de cette Cour-là ont été d'accord qu'en l'espèce la défense de nécessité n'était pas exclue. Ils ont dit ensuite que cette défense exigeait qu'il y ait preuve rendant assez probable qu'il y avait eu nécessité de pratiquer l'avortement en raison du danger probable à la santé physique ou mentale de la femme découlant de la continuation de sa grossesse dans les circonstances, et qu'il y avait eu aussi, à la lumière de toutes les circonstances, impossibilité de se conformer aux conditions d'un avortement légal sous le régime du par. (4) de l'art. 251 à l'époque et dans les circonstances où la nécessité de pratiquer l'avortement avait été déterminée.

I read the reasons of the Quebec Court of Appeal as finding no reversible error in the way the trial Judge charged the jury on the defence of necessity. However, it appears to me that the Quebec Court of Appeal was also of the opinion (although here the matter was not made as clear as it might have been) that there was either no evidence to go to the jury on the defence of necessity or that the jury's verdict on the evidence which was left to them was unreasonable or unsupported on the evidence. The Quebec Court of Appeal thereupon set aside the verdict of acquittal and entered a conviction on the very charge of which the accused had been acquitted.

Formally, the powers of a provincial appellate Court under s. 613(4)(b) of the *Criminal Code* are broad enough to authorize it to do what it did. However, I have been unable to find any reported Canadian case where an appellate Court, in setting aside a jury's verdict of acquittal, has entered a conviction on the very offence charged and of which the accused has been acquitted by a jury, and has not been content to order a new trial with accompanying directions. Counsel for the respective parties were unable to produce any such case, and I am not particularly surprised that they could not. Where a case is left to the jury on evidence that may be found to support a defence to the offence charged, and the accused is acquitted, the fact that the trial Judge may have erred in charging the jury on the law would ordinarily result in a direction for a new trial. If it be the case at the trial that there is, in the opinion of the trial Judge, no evidence to go to the jury to support a required defence the trial Judge would so charge, but would leave it to the jury to bring in a verdict of guilty. Correlatively, if the trial Judge is of the opinion that there is no evidence to go to the jury in support of the charge, it would be for the jury to bring in a directed verdict of acquittal. It must be an unusual case, indeed, in which an appellate Court, which has not seen the witnesses, has not observed their demeanour and has not heard their evidence adduced before a jury, should essay to pass on its sufficiency, either as to a defence or in support of a charge, and thereupon to substitute its opinion for that of the jury and to enter a conviction.

Je ne vois dans les motifs de la Cour d'appel du Québec aucune conclusion qu'il y ait eu erreur donnant lieu à infirmation dans la façon dont le juge de première instance a donné ses directives au jury sur la défense de nécessité. Cependant, il me semble que la Cour d'appel du Québec a aussi été d'avis (quoique ici la question n'est pas aussi claire qu'elle pourrait l'être) soit qu'il n'y avait pas de preuve à soumettre au jury sur la défense de nécessité soit que le verdict du jury fondé sur la preuve qui lui avait été soumise était déraisonnable. La Cour d'appel du Québec a donc écarté le verdict d'acquittal et consigné un verdict de culpabilité sur l'inculpation même dont avait été acquitté l'accusé.

Textuellement, les pouvoirs d'une cour d'appel provinciale en vertu de l'al. b) du par. (4) de l'art. 613 du *Code criminel* sont assez étendus pour lui permettre de faire ce qu'elle a fait. Cependant, je n'ai pu trouver aucun arrêt canadien publié où une cour d'appel, en infirmant un verdict d'acquittal d'un jury, a consigné une déclaration de culpabilité sur le chef d'accusation même sur lequel un jury avait prononcé l'acquittal, et ne s'est pas contentée d'ordonner un nouveau procès en y joignant des directives. Les avocats des parties en cause ont été incapables de citer de décision semblable, et je n'en suis pas particulièrement surpris. Lorsqu'une affaire a été confiée à la décision d'un jury en présence d'une preuve susceptible de constituer une défense à l'infraction imputée, et que l'accusé est acquitté, le fait que le juge de première instance aurait commis une erreur dans ses directives au jury sur une question de droit a normalement pour résultat une ordonnance de nouveau procès. Dans un procès où, selon l'opinion du juge de première instance, il n'y a pas de preuve à soumettre au jury à l'appui de la défense possible le juge de première instance donnera ses directives en ce sens, mais laissera le jury rendre un verdict de culpabilité. De même, si le juge de première instance est d'avis qu'il n'y a pas de preuve à soumettre au jury à l'appui de l'accusation, il dira au jury de rendre un verdict d'acquittal. Il doit être rare, en vérité, qu'une cour d'appel, qui n'a pas vu les témoins, qui n'a pas observé leur comportement et qui n'a pas entendu leurs témoignages donnés devant un jury, tente de juger de la

tion (rather than ordering a new trial) where the jury has acquitted. Where the jury has convicted, appellate Courts have, from time to time, substituted their opinion that an acquittal should be directed, and this has been done even by this Court: see *Savard and Lizotte v. The King*⁹.

I shall return to this point after examining whether the defences set up by the accused, and accepted by the trial Judge as open on a charge under s. 251, were indeed open and, if so, whether as to both or either of them there was any evidence upon which the jury could find that the defences or either of them were made out.

I deal first with s. 45, which has been part of the *Criminal Code* since the Code was first enacted in 1892. Two questions arise in respect of the relation of s. 45 to s. 251. First, there is the question whether s. 45 (which was enacted as s. 57 in 1892) could be invoked as a defence to a charge under s. 251 as it stood before the amendment thereto in 1969 (it was then s. 237) which introduced what is now s. 251(4). If the answer is "no", a second question does not arise. If the answer is "yes", the second question is whether the defence open under s. 45 was impliedly removed by reason of the enactment of what is now s. 251(4).

Section 45 appears in Part I of the *Criminal Code*, entitled "General", thus indicating its applicability, according to the circumstances, to all provisions of the *Criminal Code*. It had no counterpart in English legislation when introduced into the *Criminal Code* in 1892 as s. 57; on the other hand, the anti-abortion provisions, s. 272 of the 1892 Code, clearly came from the English *Offences against the Person Act*, 1861 (U.K.), c. 20, s. 58. As it stood in 1892, s. 272 made it an offence "unlawfully" to administer to a woman any drug or other noxious thing or to use any instrument or other like means on her with intent

⁹ [1946] S.C.R. 20.

suffisance de la preuve, soit en regard d'une défense soit à l'appui d'une accusation, et dès lors substitue son opinion à celle du jury et consigne un verdict de culpabilité (plutôt que d'ordonner un nouveau procès) alors que le jury a prononcé un acquittement. Lorsque le jury a prononcé un verdict de culpabilité, les cours d'appel ont, à l'occasion, substitué un acquittement, ce qui a été fait même par cette Cour: voir *Savard et Lizotte c. Le Roi*⁹.

Je reviendrai sur cette question après avoir examiné si les moyens de défense invoqués par l'accusé, et tenus par le juge de première instance pour admissibles contre une accusation portée en vertu de l'art. 251, étaient effectivement admissibles et, dans l'affirmative, si relativement aux deux moyens ou à l'un d'eux il y avait quelque preuve sur laquelle le jury pouvait conclure qu'ils étaient fondés.

Je traiterai d'abord de l'art. 45, qui est dans le *Code criminel* depuis le début en 1892. En rapport avec l'art. 251 il soulève deux questions. Premièrement, l'art. 45 (en 1892, l'art. 57) pouvait-il être invoqué à l'encontre d'une accusation portée en vertu de l'art. 251 (alors l'art. 237) avant la modification de 1969 qui a introduit ce qui est maintenant le par. (4) de l'art. 251? Si la réponse est négative, la seconde question ne se pose pas. Si la réponse est affirmative, la seconde question est la suivante: le moyen de défense prévu à l'art. 45 a-t-il été implicitement abrogé par l'adoption de ce qui est maintenant le par. (4) de l'art. 251?

L'art. 45 se trouve dans la partie I du *Code criminel*, intitulée «Dispositions générales», ce qui démontre qu'il s'applique, selon les circonstances, à toutes les dispositions du *Code criminel*. Il n'avait pas d'équivalent dans la législation anglaise lorsqu'il fut introduit dans le *Code criminel* de 1892 comme art. 57; au contraire, les dispositions prohibant l'avortement, soit l'art. 272 du même Code, venaient clairement de la loi anglaise dite *Offences against the Person Act*, 1861 (R.U.), c. 20, art. 58. Cet article punissait le fait d'«illégalement» administrer à une femme quelque drogue ou autre substance délétère ou de faire usage sur elle

⁹ [1946] R.C.S. 20.

to procure her miscarriage. Section 273 was a companion provision respecting a woman's procurement of her own miscarriage. The word "unlawfully" disappeared in the *Criminal Code* revision of 1953-54 (Can.), c. 51, and the anti-abortion provisions, then s. 237, were as follows:

237. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

The origin of s. 45 is to be found in Sir James Fitzjames Stephen's English Draft Code of 1878 which in turn built upon the *Indian Penal Code* of 1860. Section 67 of Stephen's Draft Code under the heading "Surgical Operations" was as follows:

Every one is protected from criminal responsibility for performing with reasonable care and skill any surgical operation upon any person for his benefit: provided that performing the operation was reasonable, having regard to the patient's state at the time and to all the circumstances of the case.

Stephen's *Digest of the Criminal Law* (5th ed. 1894) at p. 164 shows that s. 67 was deemed by him to apply both to consensual and non-consensual surgery. Certainly, there is no limitation in s. 45 or anywhere else in the *Criminal Code* to suggest that s. 45 is confined to situations where an unconscious or disabled person is the subject of the surgical operation and is unable to give a consent. It appears to me, therefore, that before the enactment in 1969 of what is now s. 251(4), s. 45 was available as a defence to a charge of procuring a miscarriage laid against a physician who with the consent of his patient performed an operation to abort her.

de quelque instrument ou autre moyen dans le but de procurer son avortement. L'art. 273 était une disposition connexe visant la femme qui provoquait son propre avortement. Le mot «illégalement» n'a pas été retenu dans la révision du *Code criminel* de 1953-54 (Can.), c. 51, où les dispositions contre l'avortement, soit l'art. 237, étaient les suivantes:

237. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

L'art. 45 tire son origine du projet du *Code criminel* de 1878 de Sir James Fitzjames Stephen, projet qui lui-même était fondé sur le *Code pénal indien* de 1860. L'art. 67 du projet Stephen se lisait comme suit, sous le sous-titre «Opérations chirurgicales»:

Tout individu est à couvert de responsabilité criminelle s'il fait avec un soin et une habileté raisonnables une opération chirurgicale sur quelqu'un et pour son bien, pourvu que l'accomplissement de cette opération soit raisonnable, en tenant compte de l'état du malade lorsqu'elle a lieu et de toutes les circonstances du cas.

Le *Digest of the Criminal Law* de Stephen (5ème éd. 1894), à la p. 164, nous indique que cet art. 67 devait selon lui s'appliquer aux interventions chirurgicales faites même sans le consentement du patient. Il n'y a certainement dans l'art. 45 ou ailleurs dans le *Code criminel* aucune restriction suggérant qu'il ne s'appliquerait que lorsque la personne sur qui l'opération chirurgicale est pratiquée est inconsciente ou paralysée et incapable de donner un consentement. Il me semble, par conséquent, qu'avant l'adoption en 1969 de ce qui est maintenant le par. (4) de l'art. 251, l'art. 45 était admissible comme moyen de défense contre une accusation d'avoir procuré un avortement portée contre un médecin qui, avec le consentement de sa patiente, avait pratiqué sur celle-ci une opération pour procurer l'avortement.

I appreciate that s. 45 is not limited to physicians or surgeons but it is obvious that, where consensual surgery is involved, except in the rarest of cases, it would be a qualified physician or surgeon who would be likely to meet the condition fixed by s. 45. This view of s. 45 is not affected by reason of the fact that the section was not expressly annexed to the anti-abortion provisions of the Code as they stood in 1892 and later, as is the case with the defence expressly included in s. 221 of the *Criminal Code*. That section makes it an offence to kill an unborn child in the act of birth but it also excludes in subs. 2 liability of a person who, in good faith, to preserve the life of the mother, causes the death of the child.

The trial Judge dealt with this matter in his reasons for allowing the defence of s. 45 to be set up in this case, and he rejected the submission that because s. 221 had a built-in defence the same should be expected in the anti-abortion provisions of the Code. I agree with him that logical consistency is not an invariable canon of construction, although I cannot myself see the logic of the argument made in relation to s. 221 as a required measure of the provisions respecting abortion. Section 45, as the trial Judge noted, is limited to surgical operations and this is not a limitation found in s. 221(2). Like s. 45, s. 221(2) had its origin in Stephen's Draft Code of 1878 as a proviso to its s. 212, dealing with the offence of killing a child at birth. Although the draconian effect of the English abortion legislation of 1861 could be explained on medical grounds, namely, that the operation was then regarded as highly dangerous so that "it would be ridiculous to call it therapy" (see Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), at p. 160), Stephen appears to have thought it proper to distinguish the defence open to surgeons (who would generally be those seeking to invoke a s. 45 defence) and the particular defence open to others as well as surgeons, for example, midwives, in respect of the killing of children at birth. This defence was limited expressly to the preservation of the life of the mother. By the time the *Criminal Code* of 1892

Je comprends que l'art. 45 n'est pas limité aux médecins ou aux chirurgiens mais il est évident que, lorsqu'il s'agit d'opérations chirurgicales pratiquées avec le consentement du patient, hormis des cas extrêmement rares ce sera un médecin ou un chirurgien qualifié qui vraisemblablement satisfera aux conditions déterminées par l'art. 45. Cette optique de l'art. 45 n'est pas modifiée par le fait que l'article n'a pas été expressément relié aux dispositions prohibant l'avortement édictées dans le Code en 1892 et par la suite, comme ce fut le cas pour le moyen de défense expressément énoncé dans l'art. 221 du *Code criminel*. Ce dernier article déclare criminel le fait de tuer un enfant non encore né, au cours de la mise au monde, mais à l'al. 2 il exempte de responsabilité une personne qui, de bonne foi, pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort de l'enfant.

Le juge du procès a traité cette question dans les motifs qu'il a rédigés au soutien de sa décision de permettre qu'on invoque le moyen de défense de l'art. 45 en l'espèce, et il a rejeté la prétention que parce qu'un moyen de défense est inclus dans l'art. 221 on devrait s'attendre qu'il en soit de même pour les dispositions relatives à la prohibition de l'avortement. L'art. 45, comme le juge de première instance l'a noté, est limité aux opérations chirurgicales et cette limitation n'existe pas au par. (2) de l'art. 221. Comme l'art. 45, le par. (2) de l'art. 221 tire son origine du projet de code de Stephen de 1878. Il y figurait comme exception à son art. 212, visant le fait de tuer un enfant au cours de la mise au monde. Bien que l'effet draconien de la loi anglaise de 1861 sur l'avortement pût s'expliquer par des motifs médicaux, à savoir que l'opération était à cette époque considérée extrêmement dangereuse de sorte que [TRADUCTION] «il serait ridicule de la considérer comme thérapeutique» (voir Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), à la p. 160), Stephen semble avoir cru bon de distinguer la défense admissible pour les chirurgiens (qui normalement seraient ceux qui chercheraient à invoquer un moyen fondé sur l'art. 45) et la défense particulière admissible pour d'autres personnes autant que pour les chirurgiens, par exemple, les sages-femmes, relativement au fait de tuer un enfant au cours de la mise au monde. Ce moyen de défense était limité expressément

was enacted, both antiseptic surgical procedures and delivery of children by Caesarean section had been discovered but the Code adopted the general defence for surgical operations and the specific defence in respect of the killing of a child at birth, that is a viable child.

In the present case we are concerned with an abortion performed well before the viability of the unborn child, taking viability to arise not before the end of the twentieth week of pregnancy. It is a matter of evidence here that abortion procedures are now medically and surgically safe and it would be, in my opinion, incongruous indeed if the progress of surgery should be regarded as having the effect of excluding a defence which would have been open at the time that s. 45 was first enacted (as s. 57) in 1892.

It is urged, however, that because s. 45 as a defence to abortion does not appear to have been used before now it cannot be regarded as having been available at the time it was introduced into the *Criminal Code* or to have become available thereafter. The answer may lie in two directions; first, reluctance to prosecute surgeons and, second, the influence of English precedent since there was no s. 45 or equivalent provision in English law. Indeed, not until the *Infant Life Preservation Act*, 1929, was there any provision in English law similar to that found in s. 221(2) of the *Criminal Code*.

There is some incongruity in the fact that although English law lacked a s. 45, a result with a wider effect was reached by judicial decision in *R. v. Bourne*¹⁰. There, a surgeon invited an indictment for performing an abortion upon a fourteen year old girl who had been raped and who was described, in physical terms, as normal and healthy. The surgeon and other medical witnesses

ment à la nécessité de sauver la vie de la mère. Lorsque le *Code criminel* de 1892 a été adopté, les méthodes chirurgicales antiseptiques aussi bien que la mise au monde des enfants par l'opération césarienne avaient été découvertes mais le Code a néanmoins adopté le moyen de défense général pour les opérations chirurgicales et le moyen de défense particulier quant au fait de tuer un enfant à sa mise au monde, c'est-à-dire un enfant viable.

En l'espèce l'avortement a été pratiqué bien avant que l'enfant non encore né soit viable, si l'on considère que l'enfant n'est pas viable avant la fin de la vingtième semaine de la grossesse. Il est en preuve ici que les méthodes d'avortement sont maintenant médicalement et chirurgicalement sûres et il serait, à mon avis, vraiment incongru que les progrès de la chirurgie dussent être considérés comme ayant pour résultat d'exclure un moyen de défense qui n'était pas exclu lorsque l'art. 45 a été primitivement adopté (comme art. 57) en 1892.

On soutient, cependant, qu'étant donné que l'art. 45 comme moyen de défense relatif à l'avortement ne semble pas avoir été invoqué avant ce jour, il ne peut être considéré comme ayant été admissible au moment où il a été introduit dans le *Code criminel* ou comme étant devenu admissible par la suite. La réponse peut venir de deux sources; premièrement le peu d'empressement à poursuivre des chirurgiens et, deuxièmement, l'influence de la jurisprudence anglaise puisqu'il n'y avait pas d'art. 45 ou de disposition équivalente dans la loi anglaise. Avant le *Infant Life Preservation Act*, 1929, il n'y avait même pas dans la loi anglaise une disposition analogue à celle du par. (2) de l'art. 221 du *Code criminel*.

Il est un peu curieux que, bien qu'il n'y ait pas eu d'art. 45 dans la loi anglaise, un résultat d'une portée plus large a été obtenu par décision judiciaire dans *R. v. Bourne*¹⁰. Dans cette cause-là, un chirurgien était inculpé pour avoir procuré l'avortement d'une jeune fille de quatorze ans qui avait été victime d'un viol et que l'on a décrite comme étant, physiquement, normale et en bonne santé.

¹⁰ [1939] 1 K.B. 687; [1938] 3 All E.R. 615.

¹⁰ [1939] 1 K.B. 687; [1938] 3 All E.R. 615.

were of opinion that the continuation of the pregnancy constituted a substantial danger to health. The Crown conceded that it would be a good defence if there was a danger to life, but not otherwise, and contended that there was a fundamental difference between saving life and preserving health. The trial Judge, Macnaghten J. agreed with the defence position and charged the jury accordingly. He told them, in part (at p. 694 of the K.B. report) that if a doctor is of opinion on reasonable grounds and with adequate knowledge that the probable consequence of the continuation of the pregnancy will be to make the woman a physical or mental wreck, the jury were quite entitled to take the view that the doctor who, under those circumstances and in that honest belief operates, is operating for the purpose of preserving the life of the mother. The jury acquitted on the basis of the charge in which they were also warned that there was no justification for abortion on demand and, on the other hand, neither was it the law that an abortion was unjustified under any circumstances.

Writers have viewed the *Bourne* case as resting on the defence of necessity, notwithstanding that the charge of the trial Judge invoked the word "unlawfully" in the English abortion legislation as an indication that not all abortions are unlawful, and notwithstanding that he took a wider view of the defence in the *Infant Life Preservation Act*, 1929, than its words expressed in holding that defence to be applicable to abortions as a reflection of the common law: See Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), at p. 162; Smith and Hogan, *Criminal Law* (3rd ed. 1973), at p. 158.

Whether or not the *Bourne* case be regarded as having taken an exceptional view of the law (see D. Seaborne Davies, *Law of Abortion and Necessity* (1938), 2 Mod. L. Rev. 126), it was accepted in later cases by the application of its principle, as in *R. v. Bergmann and Ferguson*, an unreported case in 1948 in which Morris J. charged the jury in similar terms of honest belief (see the passage in

Le chirurgien et les autres témoins experts étaient d'avis que la continuation de la grossesse constituait un danger grave pour la santé. Le ministère public a admis que cela aurait été un bon moyen de défense si la vie de la mère avait été en danger, mais non autrement, et il a prétendu qu'il y avait une différence fondamentale entre sauvegarder la vie et préserver la santé. Le juge du procès, le juge Macnaghten, a été d'accord avec l'argument de la défense et il a donné des directives au jury en conséquence. Il leur a dit, entre autres choses (à la p. 694 des rapports du recueil K.B.) que si un médecin se fondant sur des motifs raisonnables et des connaissances suffisantes croit que la conséquence probable de la continuation de la grossesse sera de ruiner la santé physique et mentale de la femme, un jury peut fort bien considérer que le médecin qui, dans ces circonstances et fort de cette croyance honnête, pratique l'opération, le fait dans le but de sauvegarder la vie de la mère. Le jury prononça l'acquiescement en se fondant sur les directives, au cours desquelles il fut prévenu aussi que l'avortement sur demande ne pouvait se justifier mais, qu'en revanche, rien dans la loi ne prescrivait qu'un avortement était injustifié en toutes circonstances.

Des auteurs ont considéré l'affaire *Bourne* comme fondée sur la défense de nécessité, même si le juge de première instance dans ses directives a rappelé que le mot «illégalement» dans la loi anglaise était une indication que tous les avortements n'étaient pas illégaux, et même s'il a donné au moyen de défense du *Infant Life Preservation Act*, 1929 une portée qui en dépasse l'expression en statuant que le moyen de défense admissible dans les cas d'avortement relevait de la *Common Law*: voir Glanville Williams, *The Sanctify of Life and the Criminal Law* (1957), à la p. 162; Smith and Hogan, *Criminel Law* (3ième éd. 1973), à la p. 158.

Même si l'on tient que la décision *Bourne* a envisagé la loi dans une optique exceptionnelle (voir D. Seaborne Davies, *The Law of Abortion and Necessity* (1938), 2 Mod. L. Rev. 126), elle a fait jurisprudence. Voir par exemple *R. v. Bergmann and Ferguson*, une décision non publiée de 1948 où M. le juge Morris a donné au jury des directives faisant pareillement état de la croyance

Glanville Williams, *op. cit.*, at p. 178 and in *R. v. Newton and Stungo*¹¹). There the jury was charged that the use of instruments to procure a miscarriage was unlawful unless the use is made in good faith for the purpose of preserving the life or health of the woman, not only her physical health but her mental health as well. One of the accused doctors was convicted of manslaughter and the other was acquitted on a charge of being an accessory before the fact to using an instrument to procure a miscarriage. Stephen's *Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950) at p. 232, cites the *Bourne* case in support of a proviso to the offence of procuring an abortion, the proviso being that no offence is committed if the person performing the abortion being a person of competent medical skill, does so for the purpose of preserving the woman from reasonably apprehended danger then or thereafter to her life if her pregnancy continues.

In referring to the wider effect of a defence to abortion given by the *Bourne* doctrine than by s. 45, I have in mind a subjective aspect of the test that the *Bourne* case sets up, namely, that honest belief, good faith of the surgeon is the issue, relative to the preservation of the life or health of the mother (an issue, moreover on which the burden is on the prosecution) whereas s. 45 appears to me to raise only an objective question for the jury. The only reported Canadian case of which I am aware which, without any reference to s. 45, has any affinity to the *Bourne* case is the early case of *Re McCready*¹², where Lamont J. of the Saskatchewan Supreme Court was considering extradition proceedings in respect of an abortion performed in the United States and, after referring to the abortion provisions of the *Criminal Code*, he said this (at p. 485):

From the evidence before me I cannot say that the operation which was performed and which resulted in the miscarriage might not have been necessary to preserve her life, in which case it is not unlawful. Every

honnête (Voir le passage dans Glanville Williams, *op. cit.*, à la p. 178, et dans *R. v. Newton and Stungo*¹¹). En cette dernière cause on a dit au jury que l'emploi d'instruments pour procurer un avortement était illégal à moins qu'on ne les utilise de bonne foi dans le but de sauvegarder la vie ou la santé de la femme, non pas seulement sa santé physique mais également sa santé mentale. Un médecin accusé a été trouvé coupable d'homicide involontaire et l'autre a été acquitté d'une inculpation de complicité avant le fait relativement à l'emploi d'un instrument aux fins de procurer un avortement. Dans le *Digest of the Criminal Law* de Stephen (89ième éd. 1950) à la p. 232, la décision *Bourne* est citée comme moyen de défense à l'infraction de procurer un avortement, savoir qu'il n'y a pas d'infraction si la personne pratiquant l'avortement possède la compétence médicale requise et le fait dans le but de préserver la vie de la femme d'un danger qu'il redoute raisonnablement pour le présent ou l'avenir si la grossesse continue.

Quand je dis que la théorie de l'affaire *Bourne* donne à la justification de l'avortement une portée plus étendue que celle de l'art. 45, j'ai à l'esprit un aspect subjectif du critère qui y est énoncé, savoir, que la croyance honnête, la bonne foi du chirurgien est la question en litige quant à la sauvegarde de la vie ou de la santé de la mère (question sur laquelle, au surplus, le fardeau de la preuve incombe au poursuivant), tandis que l'art. 45 ne me paraît soulever pour le jury qu'une question objective. Le seul arrêt canadien publié que je connaisse qui, sans faire mention de l'art. 45, ait quelque rapport avec la décision *Bourne* est l'ancienne décision *Re McCready*¹², affaire où M. le juge Lamont de la Cour suprême de la Saskatchewan étudiait des procédures d'extradition relatives à un avortement pratiqué aux États-Unis, et où après avoir mentionné les dispositions du *Code criminel* sur l'avortement, il a dit (à la p. 485):

[TRADUCTION] D'après la preuve que j'ai devant moi, je ne puis pas dire que l'opération qui a été pratiquée et dont le résultat fut l'avortement ne peut pas avoir été nécessaire pour sauvegarder la vie, dans ce cas elle n'est

¹¹ [1958] Cr. L.R. 469.

¹² (1909), 14 C.C.C. 481.

¹¹ [1958] Cr.L.R. 469.

¹² (1909), 14 C.C.C. 481.

miscarriage brought about by a physician is not unlawful.

I am bound to observe that Lamont J. relied on the presence of the word “unlawfully” in the abortion provisions of the Code, a word which, as already noted, was removed in the *Criminal Code* revision effected by 1953-54 (Can.), c. 51. The removal of the word, under modern drafting styles, was simply the removal of a redundancy which reflected an older style of drafting. In my opinion, it was not the controlling element in the approach taken in *Bourne*.

The word “unlawfully” remains as part of the English abortion law under the *Abortion Act* of 1967, which incorporates the offence as it was defined in the *Offences against the Person Act*, 1861, and then goes on to provide for medical termination of abortions, without culpability, under conditions similar to but wider than those permitted by s. 251(4). I reproduce ss. 1 and 5(2) of the English Act which read as follows:

1. (1) Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith

(a) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, or of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family, greater than if the pregnancy were terminated; or

(b) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.

(2) In determining whether the continuance of a pregnancy would involve such risk of injury to health as is mentioned in paragraph (a) of subsection (1) of this section, account may be taken of the pregnant woman's actual or reasonably foreseeable environment.

(3) Except as provided by subsection (4) of this section, any treatment for the termination of pregnancy must be carried out in a hospital vested in the Minister of Health or the Secretary of State under the National Health Service Acts, or in a place for the time being approved for the purposes of this section by the said Minister or the Secretary of State.

pas illégale. Tout avortement pratiqué par un médecin n'est pas nécessairement illégal.

Je me dois de noter que le juge Lamont s'est fondé sur la présence, dans les dispositions du Code relatives à l'avortement, du mot “illégalement”, un mot qui, comme je l'ai déjà noté, a été enlevé dans la révision du *Code criminel* effectuée par le c. 51, 1953-54 (Can.). Suivant les méthodes modernes de rédaction des lois, enlever ce mot, c'était simplement éliminer une redondance qui reflétait une méthode plus ancienne. A mon avis, ce mot n'a pas été le facteur déterminant dans l'optique de l'affaire *Bourne*.

Le mot “illégalement” fait toujours partie du texte anglais sur l'avortement sous le régime de l'*Abortion Act* de 1967, où l'infraction est définie comme elle l'était dans le *Offences against the Person Act*, 1861. On y prévoit ensuite la possibilité d'interrompre médicalement la grossesse, sans infraction, selon des conditions semblables mais moins rigides que celles prévues au par. (4) de l'art. 251. Je reproduis l'art. 1 et le par. (2) de l'art. 5 de la loi anglaise qui se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 1. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, nul ne commet d'infraction à la loi sur l'avortement lorsque la grossesse est interrompue par un médecin immatriculé, si deux médecins immatriculés sont d'avis, en toute bonne foi.

a) que la continuation de la grossesse comporterait pour la vie de la femme enceinte, ou pour sa santé physique ou mentale, ou pour l'un de ses enfants un risque plus grand que si la grossesse était interrompue;

b) qu'il y a un risque sérieux que si l'enfant naît il souffrira d'infirmités physiques ou mentales susceptibles de l'handicaper gravement.

(2) Pour déterminer si la continuation de la grossesse comportera un risque pour la santé, au sens de l'al. a) du par. (1) du présent article, on pourra tenir compte du milieu dans lequel la femme vit alors ou pourra raisonnablement être appelée à vivre.

(3) Sauf ce qui est prévu au paragraphe (4) du présent article, toute intervention visant l'interruption de la grossesse doit être effectuée dans un hôpital dévolu au ministre de la Santé ou au secrétaire d'État d'après les lois sur les services nationaux de santé, ou dans un établissement pour lors approuvé aux fins du présent article par ce ministre ou secrétaire d'État.

(4) Subsection (3) of this section, and so much of subsection (1) as relates to the opinion of two registered medical practitioners, shall not apply to the termination of a pregnancy by a registered medical practitioner in a case where he is of the opinion, formed in good faith, that the termination is immediately necessary to save the life or to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman.

5. . . .

(2) For the purposes of the law relating to abortion, anything done with intent to procure the miscarriage of a woman is unlawfully done unless authorised by section 1 of this Act.

Under these provisions, it is not only true that s. 1(1)(a) provides a wider protection than the *Bourne* case, but it appears to me that s. 1(4) provides wider exculpation than would be provided by s. 45 if there was such a provision in England. It is not surprising therefore that Smith and Hogan, *Criminal Law* (3rd ed. 1973) should say, at p. 279, that "it seems clear that [s. 5(2)] is intended entirely to supersede the law as laid down in *Bourne*".

The course of judicial decision and of legislation in England reinforces my opinion that s. 45 was available as a defence to a medical practitioner who performed an abortion which would otherwise be punishable under s. 251 as it stood before 1969. This brings me to consider whether s. 251(4), enacted in 1969, had the effect of precluding reliance on s. 45 as a defence. It is not difficult to envisage situations which would support either a s. 45 or a *Bourne* necessity defence, despite s. 251(4), as, for example, where a doctor is called upon to perform an abortion in an area of the country where a therapeutic abortion committee could not be assembled, or where abortifacient surgery is performed in urgent circumstances by a competent surgeon who may not be licensed under the relevant provincial law. I need not be concerned here with whether there would be any attempt to prosecute in such cases if the surgery was successful, because the facts here do not bring

(4) Le paragraphe (3) du présent article, et cette partie du paragraphe (1) qui concerne l'avis de deux médecins immatriculés, ne sont pas applicables à l'interruption de grossesse pratiquée par un médecin immatriculé qui juge, en toute bonne foi, que l'interruption s'impose sans délai pour sauver la vie de la femme enceinte ou la préserver d'une grave atteinte permanente à sa santé physique ou mentale.

5. . . .

(2) Pour les fins de la loi sur l'avortement, tout acte fait avec l'intention de procurer l'avortement d'une femme est fait illégalement s'il n'est permis par l'article 1 de la présente loi.

Sous le régime de ces dispositions, non seulement l'al. a) du par. (1) de l'art. 1 prévoit une protection plus grande que ne le fait la décision *Bourne*, mais il m'apparaît que le par. (4) de l'art. 1 prévoit des moyens d'exonération moins restreints que ce que donnerait l'art. 45 s'il y avait une disposition semblable en Angleterre. Il n'est donc pas surprenant que l'ouvrage de Smith and Hogan, *Criminal Law* (3ième éd. 1973) dise, à la p. 279, que [TRADUCTION] «il semble clair que [le par. (2) de l'art. 5] a entièrement pour objet de remplacer le droit formulé dans la décision *Bourne*».

L'évolution de la jurisprudence et de la législation anglaises raffermirait mon opinion que l'art. 45 était admissible comme moyen de défense pour un médecin qui pratiquait un avortement autrement punissable sous le régime de l'art. 251 comme il existait avant 1969. Ceci m'amène à considérer si le par. (4) de l'art. 251, adopté en 1969, a eu pour effet d'écartier la possibilité d'invoquer l'art. 45 comme moyen de défense. Il n'est pas difficile d'envisager des situations qui justifieraient une défense fondée soit sur l'art. 45 soit sur la nécessité au sens de la décision *Bourne*, malgré le par. (4) de l'art. 251, comme par exemple, le cas d'un médecin appelé à pratiquer un avortement dans une partie du pays où on ne peut tenir de réunion d'un comité de l'avortement thérapeutique ou le cas d'un avortement chirurgical pratiqué dans des circonstances urgentes par un chirurgien compétent qui n'est peut-être pas licencié sous le régime de la loi provinciale pertinente. Je n'ai pas besoin de me préoccuper ici de savoir si dans de tels cas des poursuites seraient intentées en cas d'intervention chirurgicale couronnée de succès, parce que

the present case within the exact suggested situations.

An urban area may nonetheless be no different from and, indeed, more alien than a remote area to a friendless young woman, a native of another country and a comparative stranger in Canada, who is alone, frightened by her pregnancy and without the means or access to means to be able to invoke the elaborate procedures of s. 251(4), and who in desperation seeks the assistance of a qualified surgeon who in his honest judgment feels that immediate abortifacient surgery should be performed, and carries it out to preserve the young woman's mental health, if not also her physical health. I think it entirely reasonable in such circumstances that s. 45 should be available as a defence to be left to the jury. It might be otherwise if s. 251(4) had in it the kind of saving provision that is found in s. 1(4) of the English Act of 1967, but s. 251(4) contains no such leeway to excuse the requirement of the opinion of other medical practitioners or use of an approved hospital as is provided under the English Act.

During the course of the trial, when evidence was tendered in support of a defence under s. 45, the trial Judge, Hugessen A.C.J., found it necessary to rule on the availability of s. 45 as a defence after the enactment of s. 251(4). He took the point that s. 251 (4) (and its companion provisions s. 251(5), (6)) could have an application where s. 45 would not apply, and that is where a drug or other noxious substance was the means employed for an abortion, rather than a surgical operation: see *R. v. Morgentaler (No. 4)*¹³. Since the present case deals with a surgical operation, which is within both s. 251(4) and s. 45, nothing is added by the point taken by the learned trial Judge, unless it be the fact that where s. 251(4) has been satisfied no offence has been committed, whereas under s. 45 there is simply protection from criminal responsibility if an accused brings himself within it under the limited requirements of proof applicable where

¹³ (1973), 14 C.C.C. (2d) 455.

les faits devant nous ne placent pas l'espèce présente dans le cadre exact des situations évoquées.

Une région urbaine peut néanmoins n'être pas différente d'une région rurale éloignée et en vérité peut même être plus hostile pour une jeune femme sans amis, née dans un autre pays et relativement étrangère au Canada, qui est seule, apeurée par sa grossesse, n'a ni les moyens ni la possibilité d'obtenir les moyens de se prévaloir de la procédure complexe du par. (4) de l'art. 251, et en désespoir de cause, recherche l'aide d'un chirurgien qualifié qui, jugeant honnêtement la situation, croit qu'un avortement chirurgical immédiat s'impose et le pratique effectivement pour sauvegarder la santé mentale de la jeune femme sinon aussi sa santé physique. Je crois que dans de telles circonstances, il est entièrement raisonnable que l'art. 45 soit admissible comme moyen de défense à laisser au jury. Il pourrait en être autrement si le par. (4) de l'art. 251 contenait le genre de disposition exonératoire que l'on retrouve dans le par. (4) de l'art. 1 de la loi anglaise de 1967 mais le par. (4) de l'art. 251 ne contient pas de tempérament semblable pour dispenser de l'avis d'autres médecins qualifiés ou de l'utilisation d'un hôpital approuvé comme le fait la loi anglaise.

Au cours du procès, après qu'une preuve eut été offerte à l'appui d'une défense fondée sur l'art. 45, le juge de première instance, le juge en chef adjoint Hugessen, a considéré nécessaire de statuer sur l'admissibilité de l'art. 45 comme moyen de défense après l'adoption du par. (4) de l'art. 251. Il a adopté le point de vue que le par. (4) de l'art. 251 (avec les dispositions connexes, les par. (5) et (6)) peut s'appliquer quand l'art. 45 n'a pas d'application, soit dans un cas où une drogue ou autre substance délétère a été le moyen employé pour l'avortement, plutôt qu'une intervention chirurgicale: voir *R. v. Morgentaler (No 4)*¹³. Puisqu'en l'espèce il s'agit d'une opération chirurgicale, laquelle est prévue au par. (4) de l'art. 251 et à l'art. 45, le point de vue du savant juge de première instance n'ajoute rien si ce n'est que lorsqu'on se conforme aux exigences du par. (4) de l'art. 251, il n'y a pas d'infraction, alors que l'art.

¹³ (1973), 14 C.C.C. (2d) 455.

an accused has the carriage of an issue.

I am not only satisfied that s. 45 remains available as a defence but also that there was evidence upon which the trial Judge could leave that defence to the jury. In charging the jury on this defence, the trial Judge told them that it had a wider and more detailed import than the defence of necessity which he also put to them, (I deal with this defence later in these reasons), and he proceeded to outline the elements of a s. 45 defence and then to relate the evidence to those elements. It is important to notice that in explaining the elements of s. 45 to the jury the trial Judge put it to them that the required regard "to all the circumstances of the case" in s. 45 brought into play s. 251(4) itself as a circumstance bearing on the resort to s. 45: see *R. v. Morgentaler (No. 5)*¹⁴.

I have already noted that a s. 45 defence, which is posited on reasonableness in the various particulars mentioned therein, raises a question which goes beyond mere honest belief or good faith of the doctor, so that it is for the jury to determine whether it is as probable as not that the requirements of the section have been met. The belief and good faith of the doctor are admissible elements referable to what the jury must determine, but they do not themselves conclude the issue in his favour under s. 45.

The defence of necessity raises considerations which on one view, that underlying the *Bourne* case, gives a wider defence than s. 45 and on another view is much narrower in scope if, indeed, it is at all open. The members of the Quebec Court of Appeal variously viewed s. 45 and the defence of necessity as intertwined or as related (at least in this case), and it seems to me also that, in failing to distinguish the objective character of s. 45 from the subjective aspect of the *Bourne* doctrine, some

45 n'accorde qu'une simple protection contre la responsabilité criminelle si l'inculpé réussit à s'insérer dans le cadre prescrit sous le régime du fardeau de preuve restreint applicable à la preuve mise à la charge d'un accusé.

Je ne suis pas seulement convaincu que l'art. 45 reste admissible comme moyen de défense mais aussi qu'il y avait sur ce point des éléments de preuve dont le juge pouvait laisser l'appréciation au jury. En lui donnant ses directives sur ce moyen de défense, il lui a dit qu'elle a une portée plus large et plus détaillée que la défense de nécessité qu'il leur a aussi soumise, (j'en traiterai plus loin), il en a exposé les éléments et a ensuite fait le lien entre la preuve et ces éléments. Il est important de noter qu'en expliquant au jury les éléments de l'art. 45 le juge de première instance lui a indiqué que l'exigence de considérer «toutes les autres circonstances de l'espèce» fait entrer en ligne de compte le par. (4) de l'art. 251 à titre de circonstance pouvant avoir un effet sur le recours à l'art. 45: voir *R. v. Morgentaler (No. 5)*¹⁴.

J'ai déjà noté qu'un moyen de défense fondé sur l'art. 45, qui est axé sur le caractère raisonnable des divers éléments y mentionnés, soulève une question qui va au-delà de la simple croyance honnête ou bonne foi du médecin, de sorte qu'il appartient au jury de décider s'il est assez probable que les exigences de l'article ont été respectées. La croyance et la bonne foi du médecin sont des éléments admissibles en rapport avec ce que le jury doit décider mais ils ne peuvent par eux-mêmes régler la question en faveur du médecin sous le régime de l'art. 45.

Le moyen de défense de nécessité soulève des considérations qui, sous un aspect, qui est à la base de la décision *Bourne*, lui donnent une portée plus grande que l'art. 45, mais qui, sous un autre aspect, lui donnent une portée beaucoup plus étroite, si vraiment cette défense est admissible. Les membres de la Cour d'appel du Québec ont diversement considéré l'art. 45 et la nécessité comme entremêlées ou reliées (du moins en l'espèce), et il me semble aussi que, en ne faisant pas

¹⁴ (1973), 14 C.C.C. (2d) 459.

¹⁴ (1973), 14 C.C.C. (2d) 459.

members of that Court were led into error in postulating that to allow a s. 45 defence in the face of s. 251(4) would be to countenance abortion on demand, a position rejected by counsel for the appellant, and rightly so in my opinion.

There are views on the defence of necessity which would limit it very severely and in respect of which the *Bourne* case would be regarded as an exception. Kenny's *Outlines of the Criminal Law* (19th ed. 1966) states the strict view, albeit expressing doubt in view of *R. v. Dudley and Stephens*¹⁵, whether necessity could ever be a defence to a homicide. The author says this (at p. 73):

Probably no such defence can be accepted in any case (1) where the evil averted was a lesser evil than the offence committed to avert it, or (2) where the evil could have been averted by anything short of the commission of that offence, or (3) where more harm was done than was necessary for averting the evil. Hence it is scarcely safe to lay down any more definite rule than that suggested by Sir James Stephen, viz. that "it is just possible to imagine cases in which the expediency of breaking the law is so overwhelmingly great that people may be justified in breaking it; but these cases cannot be defined beforehand.

See also Smith and Hogan, *Criminal Law*, (3rd ed. 1973), at p. 159. Williams, *Criminal Law*, (2nd ed. 1961) takes a more liberal view saying (at p. 724) that notwithstanding the doubts expressed by others, "it will be here submitted somewhat confidently that the defence is recognized in English law". Whether its limits can be defined in any general way is another matter. In his review of the authorities, Williams asserts that in most of them that have recognized the defence the act was done to preserve life. He assessed the defence of necessity as follows:

Generally, the doctrine is limited to cases where the harm sought to be avoided is an immediate and physical one. Thus necessity is no excuse for the deliberate creation of a nuisance: the sanction of statute must be

¹⁵ (1884). 14 Q.B.D. 273.

la distinction entre le caractère objectif de l'art. 45 et l'aspect subjectif de la théorie de la décision *Bourne*, quelques membres de la Cour d'appel ont été induits en erreur en postulant qu'en regard du par. (4) de l'art. 251, admettre le moyen de défense de l'art. 45 serait permettre l'avortement sur demande, une position qui a été rejetée par l'avocat de l'appellant, et à bon droit à mon avis.

Il y a sur le moyen de défense de nécessité des opinions qui voudraient le restreindre très strictement et en regard desquelles la décision *Bourne* serait considérée comme une exception. Dans *Outlines of the Criminal Law*, de Kenny, (19^e éd. 1966), le point de vue strict est énoncé, bien qu'on y exprime, en raison de la décision *R. v. Dudley and Stephens*¹⁵, un doute à savoir si la nécessité pourrait jamais être un moyen de défense à l'encontre d'un homicide. L'auteur dit (à la p. 73):

[TRADUCTION] Il est probable qu'on ne peut accepter une telle excuse (1) lorsque le mal évité est un moindre mal que l'infraction commise pour l'éviter, ou (2) lorsque le mal aurait pu être évité sans aller jusqu'à perpétrer cette infraction, ou (3) lorsque l'on a causé un tort plus grand que nécessaire pour éviter le mal. Aussi il est peu sûr de poser une règle plus définie que celle suggérée par Sir James Stephen, à savoir, qu'il n'est pas impossible d'imaginer des cas où violer la loi est un expédient qui s'impose avec une telle force que l'on peut être excusable de le faire; mais ces cas ne peuvent être définis à l'avance.»

Voir aussi Smith and Hogan, *Criminal Law* (3ième éd. 1973), à la p. 159. Williams, *Criminal Law*, (2ième éd. 1961) exprime un point de vue plus libéral, disant (à la p. 724) que nonobstant les doutes qui ont été exprimés par d'autres, [TRADUCTION] «nous soutiendrons ici avec assez d'assurance que ce moyen de défense est admis en droit anglais». C'est autre chose que d'en définir les limites en termes généraux. Dans sa rétrospective des précédents, Williams déclare que dans la plupart des cas où l'on a admis ce moyen de défense, le geste avait été posé pour sauver une vie. Il exprime son opinion comme suit:

[TRADUCTION] De façon générale, la théorie est restreinte à des cas où le mal que l'on cherche à éviter est immédiat et physique. Ainsi la nécessité n'est pas une excuse pour la création délibérée d'une nuisance: même

¹⁵ (1884), 14 Q.B.D. 273.

obtained, even though the nuisance is for the public benefit. It is only Parliament that can decide when private rights are to be subordinated to general economic well-being. Even when the defendant aims at the avoidance of suffering, he is justified in breaking the law only in circumstances of emergency. Thus a surgeon who supplied morphine for use in mountaineering first-aid stations was convicted by magistrates, since the Dangerous Drugs Act contained no exception for such supply.

However, exceptional cases may occur where the defence may be stretched beyond this . . .

The decision in *Bourne*, which has already been referred to, may also be regarded as exceptional . . .

In his charge to the jury on necessity as a defence, the trial Judge said this (as translated in 14 C.C.C. (2d) 459, at p. 460):

I can summarize the defence of necessity for you, then, in the following way: the law, in certain circumstances, allows an illegal act, because it is absolutely necessary, to become, by this very fact, legal. However, the term necessary does not mean preferable, to be wished for, or desirable, but, on the contrary, that it is the only solution by which to avoid a disaster to a person's life or health which would otherwise be not only probable but unavoidable.

The Quebec Court of Appeal was of the opinion, founding itself on a strict view of the second element quoted from Kenny, *supra*, that there was simply no evidentiary basis for a conclusion that there was any impossibility of complying with s. 251(4) (per Casey J.A.) or that there was any obvious and immediate necessity or a grave emergency (per Rinfret J.A.), or that there was any necessity and urgency of acting (per Crete J.A.), or that the decision of the accused to perform the abortion was taken in good faith in accordance with the requirements of the defence of necessity, involving the impossibility of complying with s. 251(4) (per Bélanger J.A.), or that it was necessary to proceed immediately with the abortion and without having furnished evidence that it was then impossible to meet the requirements of s. 251(4) (per Dubé J.A.).

It appears quite clearly that what the Quebec Court of Appeal saw in the defence of necessity

si la nuisance est à l'avantage du public, elle doit être autorisée par la loi. Seul le Parlement peut décider quand des droits individuels doivent être subordonnés au bien-être économique général. Même si le but de l'accusé a été d'éviter la souffrance, violer la loi n'est une justification qu'en cas d'urgence. Ainsi un médecin qui avait procuré de la morphine à des stations alpines de premiers soins a été déclaré coupable par les magistrats, puisque le *Dangerous Drugs Act* ne prévoit pas d'exception pour un tel cas.

Cependant des cas exceptionnels peuvent se produire où le moyen de défense peut recevoir une extension . . .

La décision *Bourne*, dont il a déjà été fait mention, peut aussi être considérée comme exceptionnelle . . .

Dans les directives qu'il a données au jury sur la nécessité comme moyen de défense, le juge de première instance a déclaré ceci (traduit en anglais au volume 14 des C.C.C. (2d), à la p. 460):

Je peux donc vous résumer la défense de nécessité de la façon suivante: la loi, dans certaines circonstances, permet qu'un acte illégal, parce que absolument nécessaire, devienne par ce fait même légal. Cependant, par nécessaire on ne veut pas dire préférable, souhaitable ou désirable, mais par contre, que c'est la seule solution pour éviter un désastre à la vie ou à la santé d'une personne qui serait autrement non seulement probable mais inévitable.

La Cour d'appel du Québec a été d'avis, se fondant sur une interprétation stricte du second élément cité dans Kenny, *supra*, que, tout simplement, il n'y avait pas de preuve pouvant fonder la conclusion qu'il n'y avait pas possibilité de se conformer aux exigences du par. (4) de l'art. 251 (juge d'appel Casey) ou qu'il n'y avait pas nécessité évidente et immédiate ou urgence grave (juge d'appel Rinfret), ou qu'il n'y avait pas nécessité ou urgence d'agir (juge d'appel Crête), ou que la décision de l'accusé de procurer l'avortement avait été prise de bonne foi conformément aux exigences de la défense de nécessité, lesquelles comportent l'impossibilité de se conformer au par. (4) de l'art. 251 (juge d'appel Bélanger), ou qu'il était nécessaire de procéder immédiatement à l'avortement et sans avoir fourni de preuve qu'il était alors impossible de satisfaire aux exigences du par. (4) de l'art. 251 (juge d'appel Dubé).

Il paraît très clair que la Cour d'appel du Québec voit dans la défense de nécessité cette

was urgency of such a nature as to make it impossible to obtain a lawful abortion under s. 251(4). The test it would apply parallels that which can rarely be met, if at all, where the charge against the accused is one arising out of homicide. I am not prepared to take the same stringent view of urgency and impossibility as did the Quebec Court of Appeal, and I would observe, moreover, that there is a danger here in usurping the function of the jury on that question according to the way in which it is defined. I do not doubt, of course, that the necessity must arise out of danger to life or health and not merely out of economic circumstances, although the latter may have an effect in producing the danger to life or health.

The trial Judge in charging the jury on necessity could only have done so on the basis that there was evidence to go to the jury on which they could make a finding that the defence was made out. Since the charge arose out of a surgical operation and since provision existed for a lawful therapeutic abortion under s. 251(4), the evidentiary question, in the light of the law which was put to the jury, is whether there were more emergent circumstances than those reflected in s. 45 upon which the jury could act, if it so chose, despite the provision for a lawful abortion under s. 251(4). In my opinion, there was some such evidence in the present case, evidence of the accused that he feared that the pregnant woman would do something foolish unless she was given immediate professional medical attention to relieve her condition and her anxiety. The jury was entitled, if it so chose, to consider this evidence as raising an emergency situation in the light of the fact that the woman was a friendless stranger in this country, adrift more or less in an unfamiliar urban locality. It was for the jury to say whether in such circumstances the harm sought to be avoided by performing the abortion was an immediate and physical one (to use the words of "Williams", above quoted) and whether there was enough of an emergency in this respect facing the accused as to make it certain

urgence qui est de nature à rendre impossible un avortement effectué conformément au par. (4) de l'art. 251. Le critère qu'elle voudrait appliquer en est un auquel on peut rarement satisfaire, si jamais on le peut, lorsque l'infraction imputée à l'accusé est un homicide. Je ne suis pas prêt à adopter sur l'urgence et l'impossibilité un point de vue aussi strict que celui de la Cour d'appel du Québec, et je ferai remarquer, de plus, qu'il y a ici danger d'usurper la fonction du jury sur cette question en la définissant. Je ne mets pas en doute, évidemment, que la nécessité doit résulter d'un danger pour la vie ou la santé et non simplement de circonstances de nature économique, bien que celles-ci puissent avoir un effet dans la création d'un danger pour la vie ou la santé.

Le juge du procès, lorsqu'il a donné des directives au jury sur la nécessité, n'a pu le faire qu'en étant d'avis qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait conclure que la défense avait été établie. Comme l'inculpation résulte d'une opération chirurgicale et comme il existe une disposition prévoyant un avortement thérapeutique légal sous le régime du par. (4) de l'art. 251, la question quant à la preuve, à la lumière du droit qui a été expliqué au jury, est de savoir s'il y avait des circonstances plus urgentes que celles évoquées dans l'art. 45 sur lesquelles le jury pouvait prononcer un acquittement s'il le jugeait à propos, malgré la disposition prévoyant l'avortement légal sous le régime du par. (4) de l'art. 251. A mon avis, il y avait en l'espèce de tels éléments de preuve, le témoignage de l'accusé dans lequel celui-ci affirme qu'il craignait que la femme enceinte ne posât quelque geste malheureux si elle ne recevait pas immédiatement des soins professionnels pour soulager son état et son anxiété. Le jury avait le droit, s'il le jugeait à propos, de considérer ce témoignage comme attestant d'une situation urgente à la lumière du fait que la femme était une étrangère sans amis dans ce pays, plus ou moins abandonnée dans un milieu urbain qu'elle ne connaissait pas. Il appartenait au jury de dire si dans de telles circonstances le mal qu'on a cherché à éviter en procurant l'avortement était immédiat et physique (pour utiliser l'expression de *Williams*, citée ci-dessus) et si la situation à laquelle devait faire face l'accusé était suffisamment urgente à cet

that there could be no effective resort to the machinery of s. 251(4) to cope with the emergency.

I need hardly say that the sufficiency of evidence on any issue is a matter for the jury, which alone is charged to accept what it chooses and to weigh what it accepts in the light of the law given to it by the trial Judge. The jury discharged this function in this case; and once it is decided, as in my opinion is the case here, that there was evidence to go to the jury on the two defences which, again in my opinion, were properly left to the jury, the jury's verdict is not one which can be lightly interfered with, by an appellate court.

In the result, I would allow the appeal, set aside the conviction registered by the Quebec Court of Appeal and restore the jury's verdict of acquittal. I refrain from any conclusion as to what would have been the appropriate course in this case if I had been of the opinion that neither of the two defences should have been left to the jury. It is clear, of course, that if one only of the two defences should properly have been left to the jury, the proper order would have been to direct a new trial.

Martland, Ritchie, Beetz and de Grandpré JJ. concurred with the judgment delivered by

PIGEON J.—The charge on which the appellant was tried on a preferred indictment was in the following terms:

[TRANSLATION] On or about the 15th day of August, 1973, with intent to procure the miscarriage of a female person, to wit, VERONA PARKINSON, whether or not she was pregnant, used some means for the purpose of carrying out his intention, to wit, the manipulation and use of an instrument, thereby committing an indictable offence contrary to Section 251 (1) Cr. C.

The relevant provisions of s. 251 of the *Criminal Code* read:

251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

égard pour qu'il fût certain qu'on ne pouvait recourir efficacement aux mécanismes du par. (4) de l'art. 251.

Il n'est guère besoin de dire que la suffisance de la preuve sur une question relève du jury, qui seul a la mission d'accepter ce qu'il veut et d'apprécier ce qu'il accepte à la lumière des directives sur le droit reçues du juge du procès. Le jury en l'espèce a rempli cette fonction; et dès qu'il est décidé, comme à mon avis c'est le cas ici, qu'il existait des éléments de preuve à soumettre au jury sur les deux moyens de défense qui, à mon avis encore une fois, ont été à bon droit soumis au jury, le verdict de ce dernier n'est pas un verdict qu'une cour d'appel peut modifier à la légère.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration de culpabilité consignée par la Cour d'appel du Québec et de rétablir le verdict d'acquittal du jury. Je m'abstiens de toute conclusion sur ce qu'aurait été l'arrêt approprié en l'espèce si j'avais été d'avis que ni l'un ni l'autre des deux moyens de défense n'aurait dû être soumis au jury. Il est clair, naturellement, que si l'un seulement des moyens de défense aurait pu régulièrement être soumis au jury, l'arrêt aurait dû ordonner un nouveau procès.

Les juges Martland, Ritchie, Beetz et de Grandpré souscrivent au jugement rendu par

LE JUGE PIGEON—L'appelant a subi son procès sur une inculpation directe par le procureur général dans les termes suivants:

Le ou vers le 15 août 1973, avec l'intention de provoquer l'avortement d'une personne de sexe féminin, à savoir VERONA PARKINSON, qu'elle soit enceinte ou non, a employé quelque moyen pour réaliser son intention, à savoir la manipulation et l'emploi d'un instrument, commettant par là un acte criminel, contrairement à l'article 251 (1) C.c.;

Les dispositions pertinentes de l'art. 251 du *Code criminel* sont les suivantes:

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) In this section, "means" includes

- (a) the administration of a drug or other noxious thing,
 - (b) the use of an instrument, and
 - (c) manipulation of any kind.
- (4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

The trial took place before a judge and jury. The accused did not deny having performed the abortion with which he was charged. On the contrary, testifying in his own defence, he admitted having "helped" in the same way a large number of pregnant women. Some of the grounds of defence urged in a very lengthy trial were that this was a case of necessity for the operation and that it was justified by s. 45 of the *Criminal Code* which is in the following terms:

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

- a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,
- b) l'emploi d'un instrument, et
- c) toute manipulation.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe . . .

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

Le procès s'est déroulé devant un juge et un jury. L'accusé n'a pas nié avoir procuré l'avortement dont il est inculpé. Bien au contraire, témoignant pour sa propre défense, il a admis avoir «aidé» de la même façon un grand nombre de femmes enceintes. Comme moyens de défense au cours d'un très long procès, il a soutenu qu'il s'agissait d'un cas de nécessité et a invoqué la protection qu'accorde l'art. 45 du *Code criminel* comme suit:

45. Every one is protected from criminal responsibility for performing a surgical operation upon any person for the benefit of that person if

(a) the operation is performed with reasonable care and skill, and

(b) it is reasonable to perform the operation, having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and to all the circumstances of the case.

The trial judge ruled that the accused was entitled to claim the benefit of this provision although no effort had admittedly been made to submit the woman's case to a hospital therapeutic abortion committee in accordance with s. 251(4). He left to the jury to decide whether the accused had made good his above mentioned defences to the extent of raising a reasonable doubt as to his guilt. A verdict of acquittal was returned.

On appeal by the Crown it was unanimously held that the trial judge had erred in law, the verdict of acquittal was set aside and a conviction was entered with a direction to the trial judge to pass sentence.

On the appeal to this Court, it was contended:

(a) that s. 251 of the *Criminal Code* is unconstitutional;

(b) that it is inoperative by virtue of the *Canadian Bill of Rights*;

(c) that the preferred indictment was void as constituting an abuse of power by the provincial attorney general;

(d) that the accused was entitled to the benefit of the defences of necessity and of s. 45;

(e) that the operation performed was not within the intendment of s. 251;

(f) that the Court of Appeal could not substitute a conviction for an acquittal in a jury trial.

Notice of the constitutional question was given and the Attorney General of Canada intervened to support the constitutional validity of s. 251 *Cr.C.* The Canadian Civil Liberties Association and The

45. Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,

a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et

b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.

Le juge de première instance a décidé que l'accusé avait le droit d'invoquer cette disposition bien qu'il fût admis qu'aucun effort n'avait été fait pour soumettre le cas à un comité hospitalier de l'avortement thérapeutique conformément au par. (4) de l'art. 251. Il a laissé au jury le soin de décider si l'accusé avait justifié ses moyens de défense ci-dessus mentionnés au point de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Un verdict d'acquittal a été rendu.

A la suite d'un appel interjeté par le ministère public, il a été unanimement décidé que le juge de première instance avait commis une erreur de droit, le verdict d'acquittal a été écarté et un verdict de culpabilité a été consigné avec directive au juge de première instance de prononcer la sentence.

Dans le pourvoi à cette Cour, on prétend:

a) que l'art. 251 du *Code criminel* est inconstitutionnel;

b) qu'il est inopérant vu la *Déclaration canadienne des droits*;

c) que l'inculpation directe est nulle du fait qu'elle constitue un abus de pouvoir de la part du procureur général de la province;

d) que l'accusé a le droit de se prévaloir des moyens de défense fondés sur la nécessité et sur l'art. 45;

e) que l'opération pratiquée n'est pas visée par l'art. 251;

f) que la Cour d'appel ne pouvait pas substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittal prononcé par un jury.

Avis a été donné de la question constitutionnelle et le procureur général du Canada est intervenu pour soutenir la validité de l'art. 251 du *Code criminel*. La Canadian Civil Liberties Association

Foundation for Women in Crisis were given leave to intervene to support the attack based on the *Canadian Bill of Rights*. Alliance for Life, La Fondation pour la Vie, Le Front commun pour le Respect de la Vie, and l'Association des Médecins du Québec pour le Respect de la Vie were also permitted to intervene in order to oppose such attack.

After hearing counsel for the appellant and for the two intervenants supporting the attack against s. 251, the Court unanimously decided that no case had been made out to require hearing counsel for the Crown or the intervenants on the constitutional validity of s. 251, the effect of the *Bill of Rights* and the validity of the preferred indictment. Thus, the only points raised on the appeal which remain to be considered are the last three above enumerated.

Dealing first with the defences of necessity and of s. 45, it must be noted that while the five judges who heard the case in appeal were all of the view that these were not available to the accused, their reasons for so deciding were not identical, especially with respect to s. 45.

Concerning the defence of necessity, Casey J.A. relied on Kenny's opinion the conclusion of which is:

Probably no such defence can be accepted in any case (1) where the evil averted was a lesser evil than the offence committed to avert it, or (2) where the evil could have been averted by anything short of the commission of that offence, or (3) where more harm was done than was necessary for averting the evil. Hence it is scarcely safe to lay down any more definite rule than that suggested by Sir James Stephen, viz. that 'it is just possible to imagine cases in which the expediency of breaking the law is so overwhelmingly great that people may be justified in breaking it; but these cases cannot be defined beforehand'.

In the end, Casey J.A. concluded:

Nowhere is it shown that Respondent made any effort, as was his duty, to find out why this woman couldn't comply with the law nor do I find anything tending to establish that such compliance was impossible. Assuming on the need issue that there was some-

et la Foundation for Women in Crisis ont été autorisées à intervenir à l'appui de l'attaque fondée sur la *Déclaration canadienne des droits*. Alliance for Life, la Fondation pour la Vie, le Front commun pour le Respect de la Vie et l'Association des Médecins du Québec pour le Respect de la Vie ont été autorisés à intervenir pour s'opposer à cette attaque.

Après avoir entendu les avocats de l'appelant et des deux intervenantes qui soutenaient l'attaque contre l'art. 251, la Cour a unanimement décidé qu'on n'avait rien établi qui rendait nécessaire d'entendre les avocats du ministère public ou des intervenants sur la validité constitutionnelle de l'art. 251, l'effet de la *Déclaration des droits* et la validité de l'inculpation directe. Ainsi, les seules points soulevés dans ce pourvoi qui restent à examiner sont les trois derniers mentionnés ci-dessus.

Traitant d'abord des moyens de défense excipant de la nécessité et de l'art. 45, on doit noter que bien que les cinq juges qui ont entendu la cause en Cour d'appel aient tous été d'avis que l'accusé ne pouvait en bénéficier, leurs motifs pour en arriver à cette décision diffèrent, particulièrement à l'égard de l'art. 45.

Sur la défense de nécessité, M. le juge Casey s'est appuyé sur l'opinion de Kenny dont la conclusion est la suivante:

[TRADUCTION] Il est probable qu'on ne peut accepter une telle excuse (1) lorsque le mal évité est un moindre mal que l'infraction commise pour l'éviter, ou (2) lorsque le mal aurait pu être évité sans aller jusqu'à perpétrer cette infraction, ou (3) lorsque l'on a causé un tort plus grand que nécessaire pour éviter le mal. Aussi il est peu sûr de poser une règle plus définie que celle suggérée par Sir James Stephen, à savoir, qu'il n'est pas impossible d'imaginer des cas où violer la loi est un expédient qui s'impose avec une telle force que l'on peut être excusable de le faire; mais ces cas ne peuvent être définis à l'avance.»

La conclusion à laquelle M. le juge Casey est finalement arrivé est la suivante:

[TRADUCTION] Il n'apparaît nulle part que l'intimé ait fait quelque effort, comme c'était son devoir, pour trouver pourquoi cette femme ne pouvait se conformer à la loi, et je ne trouve rien qui tende à établir qu'il était impossible pour elle de s'y conformer. Supposant, sur la

thing for the jury to consider the complete absence of proof on the other leads inescapably to the conclusion that a properly directed jury—necessarily would have convicted.

The views expressed by the other judges were not significantly different on this question. As I read them they were all of the view that there was no evidence of the urgent necessity which, as the Crown conceded may, in very exceptional circumstances, justify a violation of the criminal law, this being a common law defence preserved by s. 7(3) of the *Criminal Code*. Before this Court, nothing was said that would tend to show that there was any evidence of an urgent necessity for effecting the abortion in disregard of s.251 *Cr.C.* In *Parnerkar v. The Queen*¹⁶, (at p. 454) Fauteux C.J., speaking for a majority, said:

If, then, the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b), it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial judge to so decide and his duty to refrain from putting the defence of provocation to the jury.

This reasoning is clearly applicable to every defence, seeing that it rests on the fundamental definition of the respective roles of judge and jury. I am therefore of the opinion that the Court of Appeal was correct in holding that the trial judge erred in putting the defence of necessity before the jury as there was no evidence to support it.

Concerning s. 45, three of the judges who sat on the case in appeal were of the view that this provision was not available as a defence to a charge under s. 251(1), while the other two, namely, Casey and Rinfret J.J.A., appear to hold only that it was not available in the circumstances of the present case. I think that the majority opinion is the correct view to be taken of the

question du besoin, qu'il y ait quelque élément que le jury pouvait examiner, l'absence complète de preuve sur l'autre mène inévitablement à la conclusion qu'un jury ayant reçu des directives régulières—aurait nécessairement conclu à la culpabilité.

Il n'y a pas de différence importante dans les opinions exprimées par les autres juges sur cette question. Comme je les vois, ils ont tous été d'avis qu'il n'y avait pas de preuve de cette nécessité urgente qui, comme le ministère public l'a reconnu, peut dans des circonstances exceptionnelles justifier une violation de la loi criminelle, cette nécessité urgente étant un moyen de *common law* maintenu par le par. (3) de l'art. 7 du *Code criminel*. Devant cette Cour, on n'a rien dit qui tende à démontrer qu'il existe quelque élément de preuve établissant qu'il y avait nécessité urgente de procurer l'avortement au mépris de l'art. 251 du *Code criminel*. Dans l'arrêt *Parnerkar c. la Reine*¹⁶, (à la p. 454), M. le juge en chef Fauteux, parlant pour une majorité de la Cour, déclarait:

Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. a) et b) du par. (3) de l'art. 203, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de le décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

Ce raisonnement s'applique clairement à toute défense, puisqu'il est basé sur la définition fondamentale des fonctions propres d'un juge et d'un jury. Je suis par conséquent d'avis que c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué que le juge de première instance a commis une erreur en soumettant au jury la défense de nécessité puisqu'il n'y avait aucune preuve pour l'étayer.

Quant à l'art. 45, trois des cinq juges qui ont siégé en Cour d'appel ont été d'avis que cette disposition n'était pas applicable comme moyen de défense à l'encontre d'une accusation portée en vertu du par. (1) de l'art. 251, alors que MM. les juges Casey et Rinfret semblent s'être bornés à statuer qu'elle n'était pas applicable dans les circonstances de l'espèce. Je crois que l'opinion de la

¹⁶ [1974] S.C.R. 449.

¹⁶ [1974] R.C.S. 449.

Criminal Code as it presently stands. When by s. 18 of the *Criminal Law Amendment Act 1968-69*, Parliament added subsections (4), (5), (6) and (7) to what was then s. 237 of the *Criminal Code* (comprising what is now s. 251, subs. (1), (2) and (3)), an explicit and specific definition was made of the circumstances under which an abortion could lawfully be performed. Essentially the requirements are that this must be done by a qualified medical practitioner in an accredited or approved hospital under the authority of a certificate of the latter's therapeutic abortion committee stating "that in its opinion the continuation of the pregnancy" of the woman "would or would be likely to endanger her life or health".

It would be wholly inconsistent with those requirements to read s. 45 as protecting from criminal responsibility any person who performs the operation anywhere provided only that it is done with reasonable care and skill, and it is reasonable having regard to the state of health of the woman. Section 251 plainly requires that the necessity of the operation be determined by a therapeutic abortion committee, independently of the practitioner performing it and goes so far as to specify that this practitioner cannot be a member of the committee. It is also required that this be done in an accredited or approved hospital. All those elaborate provisions would be meaningless if they could be ignored by virtue of s. 45.

These considerations are, in my view, so decisive that I find unnecessary to consider the elaborate material with which we were provided respecting the origins of s. 45 which remained practically unchanged from the enactment of our first criminal code to this day and have never, in all those years, been claimed to authorize what was specifically forbidden by what is now s. 251.

For much the same reason I find it unnecessary to say much about *R. v. Bourne*¹⁷. When that case was decided, the law on abortion in England was

¹⁷ [1939] 1 K. B. 687.

majorité est celle que l'on doit adopter sur le *Code criminel* tel qu'il existe actuellement. Lorsque par l'art. 18 de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, le Parlement a ajouté les par. (4), (5), (6) et (7) à ce qui était alors l'art. 237 du *Code criminel* (et est maintenant les par. (1), (2) et (3) de l'art. 251), les circonstances requises pour qu'un avortement puisse être légalement pratiqué ont été définies de façon explicite et spécifique. Les exigences essentielles sont que l'avortement soit pratiqué par un médecin qualifié dans un hôpital accrédité ou approuvé et qu'il soit autorisé par un certificat du comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital déclarant «qu'à son avis la continuation de la grossesse» de la femme «mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière».

Interpréter l'art. 45 comme mettant à couvert de responsabilité criminelle toute personne qui pratique l'opération n'importe où pourvu seulement que l'opération soit pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables et soit elle-même raisonnable étant donné l'état de santé de la femme, est totalement incompatible avec ces exigences. L'art. 251 exige clairement que la nécessité de l'opération soit appréciée par un comité de l'avortement thérapeutique, indépendamment du médecin pratiquant l'opération, et il va jusqu'à spécifier que ce médecin ne peut pas faire partie du comité. Il exige aussi que l'opération soit pratiquée dans un hôpital accrédité ou approuvé. Toutes ces dispositions détaillées seraient sans portée si l'art. 45 permettait d'y passer outre.

Ces considérations sont, à mon avis, si décisives qu'il ne me paraît pas nécessaire d'examiner la documentation fouillée qu'on nous a fournie sur les origines de l'art. 45 qui est resté pratiquement inchangé depuis notre premier code criminel et n'a jamais été invoqué, au cours de toutes ces années, comme autorisation de faire ce que défendait spécifiquement ce qui est maintenant l'art. 251.

Voilà aussi pourquoi je ne trouve pas nécessaire de commenter longuement l'arrêt *R. v. Bourne*.¹⁷ Lorsque l'affaire a été jugée, la loi sur l'avorte-

¹⁷ [1939] 1 K.B. 687.

much the same as our own law before the 1968-69 amendments. In the absence of any explicit provision applicable to the sad case of a fourteen year old girl pregnant by reason of a rape for which her assailant had been convicted, there was good reason to consider this a case of necessity. This is how the decision is viewed by many writers. However, our law having now determined how such cases ought to be dealt with, the decision appears to be of historical interest only. I would also note that the operation was performed as an act of charity without a fee, not in the course of a lucrative business such as appellant's was.

With respect to the submission that the operation performed by the accused did not come within the intendment of s. 251(1), it appears to me to rest only on some dictionary definitions of miscarriage, ignoring the wider meaning of "avortement" in the French version as well as the definition of "means". By specifying the use of an instrument, this clearly covers a surgical abortion as practised by the accused. In any case, the amendments by referring to "terminations of pregnancy" make it indisputable that all such operations are included in the expression "using means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person".

The last question to be considered is whether the Court of Appeal could in the present case, where the appeal was from an acquittal by a jury, enter a verdict of guilty. The provisions defining the powers of the Court of Appeal in such case are those of subs. (4) of s. 613 which are as follows:

- (4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may
- (a) dismiss the appeal; or
 - (b) allow the appeal, set aside the verdict and
 - (i) enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or
 - (ii) order a new trial.

ment en Angleterre était à peu près comme la nôtre avant les modifications de 1968-69. En l'absence de toute disposition explicite applicable au cas déplorable d'une jeune fille de quatorze ans devenue enceinte par un viol pour lequel son assaillant avait été condamné, il y avait de bonnes raisons de considérer qu'il s'agissait d'un cas de nécessité. C'est de cette façon-là que plusieurs auteurs ont commenté l'arrêt. Cependant, notre loi ayant maintenant établi la façon de régler des cas semblables, il me semble n'avoir plus qu'un intérêt historique. Je ferai aussi remarquer que l'opération avait été pratiquée à titre charitable, sans honoraire, et non pas dans le cours d'une entreprise lucrative comme celle de l'appelant.

En ce qui a trait à la prétention selon laquelle l'opération pratiquée par l'accusé ne serait pas visée par le par. (1) de l'art. 251, elle ne me paraît reposer que sur des définitions données par certains dictionnaires, du mot anglais «miscarriage». Elle méconnaît le sens plus général du mot «avortement» de la version française ainsi que la définition du mot «moyen». En spécifiant l'emploi d'un instrument, celle-ci vise clairement un avortement chirurgical comme celui qu'a pratiqué l'accusé. De toute façon, en parlant d'«arrêts de grossesse», les modifications font voir indiscutablement que toutes semblables opérations sont incluses dans l'expression «emploie quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin».

La dernière question à examiner est de savoir si la Cour d'appel pouvait en l'espèce, alors que l'appel était d'un acquittement par un jury, consigner un verdict de culpabilité. Les dispositions définissant les pouvoirs de la Cour d'appel dans un tel cas sont celles qu'énonce le par. (4) de l'art. 613, et se lisent comme suit:

- (4) Quand un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut
- a) rejeter l'appel; ou
 - b) admettre l'appel, écarter le verdict et
 - (i) consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit, ou
 - (ii) ordonner un nouveau procès.

Because the order of the Court of Appeal in this case appears to be without precedent, a review of the relevant legislative history is desirable. Under the *Criminal Code* as enacted in 1892, an appeal by the Crown against an acquittal was possible only when a question of law had been reserved for the opinion of the Court of Appeal (1892 (Can.) c. 29, s. 743). However, if the Court trying the case refused to reserve the question, a motion for leave to appeal could be made to the Court of Appeal with the leave in writing of the Attorney General. If leave was granted, a case was stated as if the question had been reserved (s. 744). By an amendment in 1900, the leave of the Attorney General was no longer required (1900 (Can.) c. 46). A further amendment in 1909 provided that the application to the trial court to have the question reserved could be made "during or after the trial" (1909 (Can.) c. 9). The result was that the Crown had a right of appeal from an acquittal on any question of law by leave of the trial judge or of the Court of Appeal.

In 1923 (1923 (Can.) c. 41, s. 9), all the sections dealing with appeals to the Court of Appeal were replaced by what was practically a verbatim copy of the U.K. *Criminal Appeal Act* of 1907 (1907 (U.K.) c. 23). The only important differences were:

- (a) A right of appeal against sentence by the Crown as well as the accused, not by the accused only as in the English Act;
- (b) Provision for a new trial when a conviction is quashed.

The essential parts of the new enactment were:

1013. (1) A person convicted on indictment may appeal to the court of appeal against his conviction—

- (a) on any ground of appeal which involves a question of law alone; and
- (b) with leave of the court of appeal, or upon the certificate of the trial court that it is a fit case for appeal, on any ground of appeal which involves a

Vu que l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce semble être sans précédent, une revue de l'histoire législative pertinente est à propos. En vertu du *Code criminel* adopté en 1892, un appel par le ministère public à l'encontre d'un acquittement n'était possible que lorsqu'une question de droit avait été réservée à l'opinion de la Cour d'appel (1892 (Can.), c. 29, art. 743). Cependant, si la cour instruisant l'affaire refusait de réserver la question, une requête pour autorisation d'appeler pouvait être présentée à la Cour d'appel avec la permission écrite du procureur général. Si l'autorisation était accordée, un exposé de la cause était préparé comme si la question avait été réservée (art. 744). Par une modification édictée en 1900, la permission du procureur général n'était plus obligatoire (1900 (Can.), c. 46). Une modification ultérieure en 1909 a permis que la demande à la cour de première instance aux fins de réserver la question soit faite «durant ou après le procès» (1909 (Can.), c. 9). En conséquence, le ministère public avait un droit d'appel à l'encontre d'un acquittement sur toute question de droit avec l'autorisation du juge de première instance ou de la cour d'appel.

En 1923 (1923 (Can.), c. 41, art. 9), tous les articles traitant des appels à la Cour d'appel ont été remplacés par une reproduction pratiquement textuelle du *Criminal Appeal Act* de 1907 du Royaume-Uni (1907 (R.U.) c. 23). Les seules différences importantes étaient les suivantes:

- a) Le droit pour le ministère public et pour l'accusé d'interjeter appel de la sentence, et non pour l'accusé seulement comme dans le statut anglais;
- b) Une disposition prévoyant un nouveau procès lorsqu'un jugement de culpabilité est infirmé.

Les parties essentielles du nouveau texte étaient comme suit:

1013. (1) Une personne jugée coupable à la suite d'un acte d'accusation peut se pourvoir en appel contre ce jugement de culpabilité—

- a) pour tout motif d'appel comportant une simple question de droit; et
- b) avec l'autorisation de la cour d'appel, ou sur le certificat du tribunal attestant que la cause est susceptible d'appel, ou pour tout motif d'appel compor-

question of fact alone or a question of mixed law and fact; and

(c) with leave of the court of appeal, on any other ground which appears to the court of appeal to be sufficient ground of appeal.

(2) A person convicted on indictment, or the Attorney General, or the counsel for the Crown at the trial may with leave of a judge of the court of appeal, appeal to that court against the sentence passed by the trial court, unless that sentence is one fixed by law. . . .

1014. . . .

(3) Subject to the special provisions contained in the following sections of this Part, when the court of appeal allows an appeal against conviction it may—

(a) quash the conviction and direct a judgment and verdict of acquittal to be entered; or

(b) direct a new trial;

and in either case may make such other order as justice requires.

While those amendments gave to the Crown a right of appeal in respect of the adequacy of the sentence and not merely its legality, they took away its right of appeal from an acquittal on a question of law. There seems to have been an oversight, they left intact the provision (1921 (Can.), c. 25, s. 18) for appeals to this Court “by any person whose acquittal has been set aside”.

The right of appeal by the Crown on a question of law from an acquittal in the trial court, was reestablished in 1930 (1930 (Can.), c. 11, s. 28). This was done by replacing subs. (4) and (5) of s. 1013 (which excluded separate judgments in appeal unless, on a question of law, the Court found it convenient), by the following:

(4) Notwithstanding anything in this Act contained, the Attorney General shall have the right of appeal to the court of appeal against any judgment or verdict of acquittal of a trial court in respect of an indictable offence on any ground of appeal which involves a question of law alone.

(5) The procedure upon such an appeal and the powers of the court of appeal, including the power to grant a new trial, shall *mutatis mutandis* and so far as

tant une question de fait seulement, ou une question de droit et de fait; et

c) avec l'autorisation de la cour d'appel, pour quelque autre motif d'appel que la cour juge suffisant.

(2) Une personne jugée coupable à la suite d'un acte d'accusation, ou le procureur général ou l'avocat de la Couronne au procès peut, moyennant l'autorisation d'un juge de la cour d'appel, interjeter à cette cour appel de la sentence prononcée, à moins que cette sentence ne soit de celles que la loi détermine. . . .

1014. . . .

(3) Subordonnement aux dispositions spéciales des articles suivants de la présente Partie, lorsque la cour d'appel autorise l'appel d'un jugement de culpabilité, elle peut—

a) infirmer le jugement de culpabilité et ordonner l'inscription d'un jugement et d'un verdict d'acquittalment; ou

b) ordonner un nouveau procès;

et, dans l'un ou l'autre cas, rendre l'ordonnance qu'exige la justice.

Bien que toutes ces modifications aient donné au ministère public un droit d'appel sur la suffisance de la sentence, et non simplement sur sa légitimité, elles lui ont enlevé son droit d'en appeler d'un acquittement sur une question de droit. Il semble y avoir eu un oubli, car on a laissé subsister la disposition (1921 (Can.), c. 25, art. 18) autorisant un appel à cette Cour «par toute personne dont l'acquittalment a été annulé».

Le droit d'appel du ministère public sur une question de droit à l'encontre d'un acquittement en première instance, a été rétabli en 1930 (1930 (Can.), c. 11, art. 28). Pour ce faire on a remplacé par les suivants les par. (4) et (5) de l'art. 1013 (lesquels prohibaient des «jugements séparés» en appel à moins que, sur une question de droit, la cour en ordonne autrement):

(4) Par dérogation aux dispositions contenues dans la présente loi, le procureur général a le droit d'interjeter appel à la cour d'appel de tout jugement ou verdict d'acquittalment d'une cour de première instance à l'égard d'un acte criminel sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement.

(5) La procédure relative à cet appel et les pouvoirs de la cour d'appel, y compris le pouvoir d'accorder un nouveau procès, sont semblables *mutatis mutandis* et,

the same are applicable to appeals upon a question of law alone, be similar to the procedure prescribed and the powers given by sections one thousand and twelve to one thousand and twenty-one of this Act, inclusive, and the Rules of Court passed pursuant thereto, and to section five hundred and seventy-six of this Act.

The first case in which those provisions were considered in this Court was *Belyea v. The King*¹⁸. Being a prosecution under the *Combines Investigation Act*, it had perforce been tried by a judge without a jury¹⁹. The acquittal had been set aside on appeal by the Crown and the Court of Appeal had entered a conviction²⁰. Anglin C.J.C. speaking for the Court, concluded his observations on the construction of the new enactment as follows (at p. 297):

... It does seem rather a strong thing to hold that the effect of the words "*mutatis mutandis*" is that clause (a) must be made to read, on an appeal (by the Attorney-General) being allowed, to

(a) quash the *acquittal* and direct a judgment and verdict of *conviction* to be entered;

yet that, apparently, was the construction put upon this provision by the Appellate Division.

It occurred to some members of this Court that, under such circumstances as are here present, the correct course would be to apply clause (b) and to direct a new trial. That idea, however, would seem to involve a lurking suspicion that we are, in fact, reversing the trial judge on a question of fact, whereas, in reality, we do nothing of the kind, but, on the contrary, we affirm the facts found by him, and, upon them, we reach the conclusion that the only course open to the Appellate Division was to allow the appeal and convict the present appellants, giving to the words "*mutatis mutandis*" the effect given them by the Appellate Division, which we certainly are not convinced was wrong.

In the 1955 *Criminal Code*, the 1923 and 1930 amendments were reproduced practically unchanged. The right of appeal by the Crown against acquittal and against sentence was dealt

autant qu'ils sont applicables aux appels sur une question de droit seulement, à la procédure prescrite et aux pouvoirs conférés par les articles mille douze à mille vingt et un de la présente loi, les deux compris, et les règles de cour établies sous le régime desdits articles, et par l'article cinq cent soixante-seize de la présente loi.

La première cause dans laquelle ces dispositions ont été examinées en cette Cour a été l'affaire *Belyea c. Le Roi*¹⁸. Étant une poursuite sous le régime de la *Loi des enquêtes sur les coalitions*, elle avait obligatoirement été instruite par un juge sans jury¹⁹. L'acquittement avait été infirmé sur appel du ministère public et la Cour d'appel avait inscrit une déclaration de culpabilité²⁰. Le juge en chef Anglin, parlant au nom de la Cour, a conclu comme suit (à la p. 297) ses observations sur l'interprétation du nouveau texte:

[TRADUCTION] ... Il paraît certes plutôt fort de statuer que l'effet des mots "*mutatis mutandis*" est que la clause a) doit s'interpréter, lorsqu'un appel (par le procureur général) est accueilli, comme si elle disait peut

a) infirmer l'*acquittement* et ordonner l'inscription d'un jugement et d'un verdict de *culpabilité*;

pourtant c'est, apparemment, l'interprétation que la division d'appel a donnée à cette disposition.

Il est venu à l'esprit de certains membres de cette Cour que, dans des circonstances comme celles que nous retrouvons ici, il y aurait lieu d'appliquer la clause b) et d'ordonner un nouveau procès. Cette conception, cependant, semble impliquer un vague soupçon que nous décidons, en fait, d'infirmé le juge de première instance sur une question de fait, alors que, en réalité, nous ne faisons rien de la sorte, mais, au contraire, nous confirmons les faits auxquels il a conclu, et, de là, nous en venons à la conclusion que la seule décision que pouvait prendre la division d'appel était d'accueillir l'appel et de prononcer la culpabilité de ceux qui sont les appelants en cette Cour, donnant aux mots "*mutatis mutandis*" l'effet que leur a donné la division d'appel, sur quoi nous ne sommes certainement pas convaincus qu'on ait fait erreur.

Dans le *Code criminel* de 1955, les modifications de 1923 et 1930 ont été reproduites pratiquement inchangées. Le droit du ministère public d'interjeter appel à l'encontre de l'acquittement et

¹⁸ [1932] S.C.R. 279.

¹⁹ [1931] O.R. 202.

²⁰ [1931] O.R. 699.

¹⁸ [1932] R.C.S. 279.

¹⁹ [1931] O.R. 202.

²⁰ [1931] O.R. 699.

with in the same s. 584 (now 605). The *mutatis mutandis* provision was replaced by subs. (4) of s. 592 (now 613) as to which we read in Martin's *Criminal Code*, 1955, p. 900:

Subsec. (4) is the former s. 1013(5) and sets out what is there incorporated by reference.

No change was made in s. 594(4) (now 615(4)) which still reads:

(4) The power of a court of appeal to impose sentence may be exercised notwithstanding that the appellant is not present.

The key provisions now read:

603. (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal

(a) against his conviction

(i) on any ground of appeal that involves a question of law alone,

(ii) on any ground of appeal that involves a question of fact or a question of mixed law and fact, with leave of the court of appeal or a judge thereof or upon the certificate of the trial judge that the case is a proper case for appeal, or

(iii) on any ground of appeal not mentioned in subparagraph (i) or (ii) that appears to the court of appeal to be a sufficient ground of appeal, with leave of the court of appeal; or

(b) against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law.

(2) A person who

(a) is found unfit, on account of insanity, to stand his trial may appeal to the court of appeal against that verdict, or

(b) is found not guilty on account of insanity may appeal to the court of appeal against that special verdict.

on any ground of appeal mentioned in subparagraph (1)(a)(i), (ii) or (iii) and subject to the conditions therein.

à l'encontre de la sentence a été réglé dans le même art. 584 (maintenant 605). La disposition *mutatis mutandis* a été remplacée par le par. (4) de l'art. 592 (maintenant 613) au sujet duquel on lit dans Martin's *Criminal Code*, 1955, p. 900:

[TRADUCTION] Le par. (4) est le par. (5) de l'ancien art. 1013 et il énonce ce qui s'y trouvait incorporé par renvoi.

Aucun changement n'a été fait à l'art. 594(4) (maintenant 615(4)) qui se lit toujours comme suit:

(4) Le pouvoir d'une cour d'appel d'infliger une sentence peut être exercé même si l'appelant n'est pas présent.

Les dispositions-clé se lisent maintenant comme suit:

603. (1) Une personne déclarée coupable par une cour de première instance dans des procédures par acte d'accusation peut interjeter appel, devant la cour d'appel,

a) de sa déclaration de culpabilité,

(i) pour tout motif d'appel comportant une simple question de droit,

(ii) pour tout motif d'appel comportant une question de fait, ou une question de droit et de fait, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges ou sur certificat du juge de première instance attestant que la cause est susceptible d'appel, ou

(iii) pour tout motif d'appel non mentionné au sous-alinéa (i) ou (ii) et jugé suffisant par la cour d'appel, avec l'autorisation de celle-ci; ou

b) de la sentence rendue par la cour de première instance, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi.

(2) Une personne

a) qui est trouvée incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, peut interjeter appel de ce verdict devant la cour d'appel, ou

b) qui est trouvée non coupable, pour cause d'aliénation mentale, peut interjeter appel de ce verdict spécial devant la cour d'appel,

pour tout motif d'appel mentionné au sous-alinéa (1)a) (i), (ii) ou (iii) et sous réserve des conditions qui y sont prescrites.

605. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone, or

(b) with leave of the court of appeal or a judge thereof, against the sentence passed by a trial court in proceedings by indictment, unless that sentence is one fixed by law.

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered, or

(b) order a new trial.

(3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (1)(b)(i), it may substitute the verdict that in its opinion should have been found and affirm the sentence passed by the trial court or impose a sentence that is warranted in law.

(4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

605. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement, ou

b) moyennant l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, contre la sentence prononcée par une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi.

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, si

(i) la cour est d'avis que l'appellant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle doit annuler la condamnation et

a) ordonner l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement, ou

b) ordonner un nouveau procès.

(3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (1)b)(i), elle peut substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu et confirmer la sentence prononcée par la cour de première instance ou imposer une sentence justifiée en droit.

(4) Quand un appel est interjeté d'un acquiescement, la cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) admettre l'appel, écarté le verdict et

- (i) enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or
- (ii) order a new trial.

As is underscored by my underlinings, the words used in s. 605(1) granting the right of appeal from an acquittal clearly include a judgment at trial with or without a jury, these words being “a judgment or verdict of acquittal.” However, in s. 613 defining the powers of a Court of Appeal, the word “verdict” only is found in subs. (4) dealing with acquittals while, in the preceding subsections dealing with appeals from convictions or special verdicts, only one of those words is sometimes used. It must also be noted that in Part XVI entitled “Indictable Offences—Trial without a Jury”, the word “verdict” is never used, and in Part XVII “Procedure by Indictment”, “verdict” is used only as meaning a jury verdict.

After anxious consideration, I do not find it possible to read s. 613(4) as not authorizing the Court of Appeal in a proper case to enter a verdict of guilty where the accused was tried by a jury. In the first line of para. (b) the words “allow the appeal, set aside the verdict” necessarily apply to a jury verdict after such a trial as well as to an acquittal by a judge. The right of appeal being from “a judgment or verdict of acquittal”, the single word “verdict” necessarily includes a “judgment” as well as a “verdict”. Then, the same word “verdict” in the following line must have the same meaning. If Parliament had intended otherwise, the word “judgment” or “conviction” would be used. If either of those words were found there, the provision might be interpreted otherwise, but, faced with the word “verdict”, I fail to see how it can be supposed that Parliament meant only a judgment, not a verdict.

Furthermore, the words “enter a verdict of guilty” appear specifically designed to remove any doubt that this was to be applicable in the case of

- (i) consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit, ou
- (ii) ordonner un nouveau procès.

Comme le font voir les traits soulignants que j'ai ajoutés, les mots employés dans l'art. 605(1) pour conférer le droit d'introduire un recours contre un acquittement visent clairement un jugement de première instance avec ou sans jury, ces mots étant «un jugement ou verdict d'acquittement». Cependant, à l'art. 613 qui définit les pouvoirs d'une Cour d'appel, on ne trouve que le seul mot «verdict» dans le par. (4) qui traite des acquittements tandis que, dans les paragraphes précédents qui traitent des appels à l'encontre de déclarations de culpabilité ou de verdicts spéciaux, un seul de ces mots est parfois utilisé. Il faut aussi noter que dans la Partie XVI intitulée «Actes criminels—Procès sans jury», le mot «verdict» n'est jamais employé, et dans la Partie XVII, «Procédure par acte d'accusation», «verdict» n'est employé qu'en parlant d'un verdict de jury.

Après mûre réflexion, je ne trouve pas qu'il soit possible d'interpréter l'art. 613(4) comme n'autorisant pas la Cour d'appel, lorsqu'il y a lieu, à consigner un verdict de culpabilité quand l'accusé a subi son procès devant un jury. Dans la première ligne de l'al. b) les mots «admettre l'appel, écarter le verdict» s'appliquent nécessairement à un verdict d'un jury après un tel procès aussi bien qu'à un acquittement par un juge. Le droit d'appel étant conféré à l'encontre d'«un jugement ou verdict d'acquittement», le seul mot «verdict» inclut nécessairement un «jugement» aussi bien qu'un «verdict». Alors, le même mot «verdict» dans la ligne qui suit doit avoir le même sens. Si le Parlement avait voulu qu'il en soit autrement, les mots «jugement» ou «déclaration de culpabilité» auraient été employés. Si l'on trouvait ici l'une ou l'autre de ces expressions, la disposition pourrait être interprétée autrement, mais, devant le mot «verdict», je ne puis voir comment on peut supposer que le Parlement visait seulement un jugement, non un verdict.

De plus, les mots «consigner un verdict de culpabilité» paraissent spécifiquement destinés à enlever tout doute que cela doit s'appliquer au cas d'un

a jury trial as well as in the case of an acquittal after a trial without a jury. Also the words “the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law” appear specifically intended to overcome the difficulty arising from the fact that a verdict of acquittal is a general verdict, so that there are no findings on which the Court of Appeal can rely to decide what the verdict *would* have been but for the error in law. If it had been intended that the Court of Appeal should be empowered to rely only on findings in the trial court, then the wording ought to have been “the offence of which the accused *would* have been found guilty but for the error in law”. The insertion of the words “in its opinion” indicates that the Court of Appeal is empowered to reach its own conclusion from the evidence as to what the verdict *should* have been but for the error in law. This is in accordance with the following observations of Anglin C.J.C. in *Belyea* (at p. 296):

The right of appeal by the Attorney-General, conferred by s.1013(4), *Cr.C.*, as enacted by c.11, s. 28, of the Statutes of Canada, 1930, is, no doubt, confined to “questions of law”. That implies, if it means anything at all, that there can be no attack by him in the Appellate Divisional Court on the correctness of any of the findings of fact. But we cannot regard that provision as excluding the right of the Appellate Divisional Court, where a conclusion of mixed law and fact, such as is the guilt or innocence of the accused, depends, as it does here, upon the legal effect of certain findings of fact made *by the judge or the jury, as the case may be*, to enquire into the soundness of that conclusion, since we cannot regard it as anything else but a question of law,—especially where, as here, it is a clear result of misdirection of himself in law by the learned trial judge.

This passage was quoted and relied on by Martland J. in *Ciglen v. The Queen*²¹, (at p. 819), *Wild v. The Queen*²², (at p. 117). Those are cases in which this Court upheld judgments entering a conviction on appeal by the Crown from an acquittal by a judge sitting without a jury. I have italicised the words indicating that Anglin C.J.C.

²¹ [1970] S.C.R. 804.

²² [1971] S.C.R. 101.

procès par jury aussi bien qu’au cas d’un acquittement après un procès sans jury. Également les mots «l’infraction dont, à son avis, l’accusé aurait dû être déclaré coupable, n’eût été l’erreur en droit» paraissent spécialement destinés à surmonter la difficulté découlant du fait qu’un verdict d’acquittement est un verdict général, de sorte qu’il n’y a pas de conclusions sur lesquelles la cour d’appel peut s’appuyer pour décider ce que le verdict *aurait* été n’eût été l’erreur en droit. Si l’on avait voulu que la Cour d’appel ait le pouvoir de s’appuyer seulement sur des conclusions tirées en première instance, alors le libellé aurait dû être «l’infraction dont l’accusé *aurait été* déclaré coupable, n’eût été l’erreur en droit». L’insertion des mots «à son avis» indique que la Cour d’appel a le pouvoir de tirer de la preuve sa propre conclusion quant à ce que le verdict *aurait dû* être n’eût été l’erreur en droit. Cela est en accord avec les observations suivantes de M. le juge en chef Anglin dans l’arrêt *Belyea* (à la p. 296):

[TRADUCTION] Le droit d’appel donné au procureur général par l’article 1013(4) du *Code criminel*, ajouté par l’art. 11, c. 28, S.C. 1930, se limite sans doute aux «questions de droit». Cela implique, si ce droit doit signifier quelque chose, que le procureur général ne peut contester, à la Chambre d’appel, l’exactitude des conclusions sur les faits. Nous ne pouvons cependant considérer que cette disposition prive la Chambre d’appel du droit de vérifier le bien-fondé d’une décision sur une question mixte de droit et de fait, comme la culpabilité ou la non-culpabilité de l’accusé, si cette décision dépend, comme c’est le cas ici, de la portée, en droit, de certaines conclusions de fait *du juge ou du jury, selon le cas*, puisque nous ne pouvons pas considérer cette décision autrement que comme une question de droit, spécialement si, comme dans le cas présent, elle résulte clairement d’une erreur en droit de la part du savant juge de première instance.

M. le juge Martland, dans les arrêts *Ciglen c. La Reine*²¹, (à la p. 819), *Wild c. La Reine*²², (à la p. 117), a cité ce passage à l’appui de ses conclusions. Cette Cour y a confirmé des jugements qui avaient consigné une déclaration de culpabilité sur appel interjeté par le ministère public à l’encontre d’un acquittement prononcé par un juge siégeant

²¹ [1970] R.C.S. 804.

²² [1971] R.C.S. 101.

was making no distinction between a jury and a non jury case. Of course, this is *dictum* only with respect to a jury case and has reference to the law as enacted in 1930.

It cannot be denied that to authorize a Court of Appeal to enter a verdict of guilty on an appeal from an acquittal by jury verdict is a major departure from the traditional principles of English criminal law under which where an accused has been given in charge to a jury, none but the jury can find him guilty. It has been held in England that, even if he pleads guilty during the trial, the judge is without jurisdiction to enter a conviction so that if he does it and discharges the jury, his decision is a nullity and there must be a new trial. (*R. v. Heyes*²³; *R. v. Hancock*²⁴.) If I could see any room for doubt as to the meaning of the words used in the Code, such considerations would be of great weight but I fail to see how they could overcome what appears to be the clear literal meaning.

It is true that, as a rule, the duty of a court of appeal is to render the judgement that the trial court should have rendered and it is certain that a trial judge cannot substitute a verdict of guilty for a verdict of acquittal. However, the situation is that, under our *Criminal Code* in what is clearly a fundamental departure from common law principles, Parliament has not only provided for appeals against acquittals, but has also spelled out the powers which can be exercised on such appeals. It cannot therefore be objected that s. 429 provides: "Except where otherwise expressly provided by law, every accused who is charged with an indictable offence shall be tried by a court composed of a judge and jury." The Code expressly provides otherwise in s. 613(4) that the Court of Appeal may "enter a verdict of guilty". It can seem strange that this should be possible where the trial

sans jury. J'ai mis en italique les mots indiquant que M. le juge en chef Anglin ne faisait pas de distinction entre une affaire instruite devant jury et une affaire instruite devant un juge seul. Bien entendu, cela n'a valeur que de *dictum* pour une affaire instruite devant un jury et se rapporte à la loi telle qu'éditée en 1930.

On ne peut nier qu'autoriser une cour d'appel à consigner un verdict de culpabilité lors d'un appel à l'encontre d'un acquittement prononcé par verdict de jury constitue une dérogation majeure aux principes traditionnels du droit criminel anglais selon lesquels lorsqu'un accusé a été confié à un jury, personne d'autre que les jurés ne peut le trouver coupable. On a décidé en Angleterre que, même si l'accusé avoue sa culpabilité durant le procès, le juge est incompétent à consigner une déclaration de culpabilité de sorte que s'il le fait et libère le jury, sa décision est nulle et il doit y avoir un nouveau procès. (*R. v. Heyes*²³; *R. v. Hancock*.²⁴) Si j'avais le moindre doute sur le sens des mots du Code, de telles considérations seraient d'un grand poids mais je ne puis voir comment elles pourraient l'emporter sur ce qui me paraît être le sens littéral clair.

Il est vrai qu'en principe, le devoir d'une cour d'appel est de rendre le jugement que la cour de première instance aurait dû rendre et il est certain qu'un juge de première instance ne peut substituer un verdict de culpabilité à un verdict d'acquittal. Cependant, la situation est que, en vertu de notre *Code criminel* dans ce qui est clairement une dérogation fondamentale aux principes de *common law*, le Parlement n'a pas seulement prévu un appel à l'encontre d'un acquittement mais il a aussi spécifié les pouvoirs qui peuvent être exercés lors d'un tel appel. On ne peut par conséquent objecter que l'art. 429 énonce: «Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, tout prévenu inculpé d'un acte criminel doit être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury.» Le Code ordonne de façon différente à l'art. 613(4), où il prévoit que la Cour d'appel peut

²³ [1951] 1 K.B. 29.

²⁴ [1931] 100 L.J. K.B. 419.

²³ [1951] 1 K.B. 29.

²⁴ [1931] 100 L.J.K.B. 419.

judge has made an error in law and thus opened the way to an appeal by the Crown from an acquittal, while no appeal would be possible if the jury had been properly directed. This, however, cannot be considered as an absurdity and therefore cannot justify a departure from the literal meaning of the enactment.

The last objection I can find against the exercise by the Court of Appeal of the power to enter a verdict of guilty in the instant case is the principle that powers conferred upon the courts are to be exercised as the justice of the case requires. It has been held in this Court that although the Court of Appeal may order a new trial when setting aside a conviction, such order cannot always properly be made. For instance, it should not be made in order to have the accused tried on a basis different from that on which the first trial was held (*Savard and Lizotte v. The King*)²⁵. It does not appear to me that this objection can be sustained on the view that whenever the accused was tried with a jury, justice requires that he should never be found guilty except by a jury verdict. To so hold would be to deprive the enactment of any application in such cases and to read it as if it did not authorize the Court of Appeal to "enter a verdict of guilty".

Needless to say that this is obviously a power to be used with great circumspection. However, it is hard to conceive of a case in which it could be used, if not here. There cannot be any doubt concerning the commission of the offence by the accused. He has admitted the fact and denied his guilt only on the basis of some defences which the Court of Appeal rightly held unavailable, one of them because it was unfounded in law, the other because there was no evidence to support it.

For those reasons, I would dismiss the appeal.

«consigner un verdict de culpabilité». Il peut paraître étrange que cela soit possible lorsque le juge de première instance a commis une erreur en droit et a ainsi ouvert la voie à un appel du ministère public à l'encontre d'un acquittement, alors qu'aucun appel ne serait possible si le jury avait reçu les directives appropriées. Cela, cependant, ne peut être considéré comme une absurdité et par conséquent ne peut justifier que l'on s'écarte du sens littéral du texte.

La dernière objection que je puis trouver contre l'exercice par la Cour d'appel du pouvoir de consigner un verdict de culpabilité en l'espèce présente est le principe suivant lequel les pouvoirs conférés aux tribunaux doivent être exercés selon que le requièrent les considérations de justice que pose l'espèce. On a statué en cette Cour que bien que la Cour d'appel puisse ordonner un nouveau procès lorsqu'elle infirme une déclaration de culpabilité, une telle décision ne peut pas toujours être rendue régulièrement. Par exemple, elle ne doit pas l'être de façon à faire en sorte que l'accusé soit jugé sur une base différente de celle sur laquelle s'est tenu le premier procès (*Savard et Lizotte c. La Reine*).²⁵ Il ne me paraît pas qu'en partant de là on puisse dire que chaque fois que l'accusé a eu son procès devant un jury, la justice requiert qu'il ne soit jamais trouvé coupable si ce n'est par verdict d'un jury. En décider ainsi serait priver le texte de toute application dans de tels cas et l'interpréter comme s'il n'autorisait pas la Cour d'appel à «consigner un verdict de culpabilité».

Il va sans dire que c'est évidemment un pouvoir qui ne doit être utilisé qu'avec grande circonspection. Mais, il est difficile de concevoir un cas où l'on pourrait s'en servir, si on ne peut le faire ici. Aucun doute n'est possible sur le fait que l'accusé a commis l'infraction. Il a admis avoir posé l'acte et n'a nié sa culpabilité qu'en excipant de certains moyens de défense que la Cour d'appel, à bon droit, a jugé non recevables, l'un parce qu'il n'était pas fondé en droit, l'autre parce qu'il n'y avait aucune preuve à l'appui.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

²⁵ [1946] S.C.R. 20.

²⁵ [1946] R.C.S. 20.

Since writing the above, I have had the advantage of reading the reasons written by Mr. Justice Dickson and wish to add that I agree with the further views he has expressed on the merits of this case.

Martland, Ritchie, Beetz and de Grandpré JJ. concurred in the judgment delivered by

DICKSON J.—It seems to me to be of importance, at the outset, to indicate what the Court is called upon to decide in this appeal and, equally important, what it has not been called upon to decide. It has not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion which has been going on in this country between, at the two extremes, (i) those who would have abortion regarded in law as an act purely personal and private, of concern only to the woman and her physician, in which the state has no legitimate right to interfere, and (ii) those who speak in terms of moral absolutes and, for religious or other reasons, regard an induced abortion and destruction of a foetus, viable or not, as destruction of a human life and tantamount to murder. The values we must accept for the purposes of this appeal are those expressed by Parliament which holds the view that the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is not, of itself, justification for performing an abortion.

The jurisdiction of the Court is limited by s. 618(2) of the *Criminal Code*, pursuant to which this appeal has been brought, to questions of law. The legal question now before us is whether, in answer to the charge of unlawfully procuring the miscarriage of a female person, the appellant can raise as defences (i) s. 45 of the *Criminal Code*; (ii) necessity. The trial judge held that both of these defences were available and charged the jury to that effect. The jury returned a verdict of not guilty. The Crown appealed to the Court of Appeal of the Province of Quebec and five judges of that Court were unanimous in holding that neither defence should have been left to the jury. Accordingly the Court of Appeal acted under s. 613(4) of the Code which empowers it, where the appeal is from an acquittal, to enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai eu l'avantage de lire les motifs exposés par M. Le juge Dickson et désire ajouter que je souscris aux vues qu'il a ainsi exprimées sur le fond.

Les juges Martland, Ritchie, Beetz et de Grandpré souscrivent au jugement rendu par

LE JUGE DICKSON—Au départ, il me semble qu'il importe tout autant d'indiquer ce que la Cour n'est pas appelée à décider sur ce pourvoi que ce qu'elle est appelée à y décider. Elle n'est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement qui oppose en ce pays, aux deux extrêmes, (i) ceux qui voudraient que l'avortement soit considéré en droit comme un acte purement personnel et privé, n'intéressant que la femme et son médecin, et dans lequel l'État n'a aucun droit légitime d'intervenir, et (ii) ceux qui parlent en termes d'impératifs moraux et, pour des motifs religieux ou autres, considèrent que provoquer l'avortement et la destruction d'un fœtus, viable ou non, c'est accomplir la destruction d'une vie humaine et l'équivalent d'un meurtre. Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne suffit pas, en soi, à justifier l'avortement.

La juridiction de cette Cour est limitée à des questions de droit par le par. (2) de l'art. 618 du *Code criminel* en vertu duquel le pourvoi a été interjeté. La question de droit devant nous est de savoir si, inculpé d'avoir procuré illégalement l'avortement d'une personne du sexe féminin, l'appelant peut invoquer (i) le moyen de défense basé sur l'art. 45 du *Code criminel*; (ii) la nécessité. Le juge de première instance a statué que ces deux moyens de défense étaient admissibles et il a donné des directives en ce sens au jury. Celui-ci a rendu un verdict de non-culpabilité. Le ministère public a interjeté appel à la Cour d'appel de la province de Québec et cinq juges y ont été unanimes à décider qu'aucun de ces moyens de défense n'aurait dû être soumis au jury. Par conséquent, la Cour d'appel a exercé les pouvoirs conférés par le par. (4) de l'art. 613 du *Code criminel*, qui lui permet, lorsque l'appel est d'un acquittement, de consigner un

but for the error in law. The position, therefore, in the present appeal is simply this: If the Court of Appeal is correct and neither of the two defences is open to the appellant, the guilty verdict must stand; if one of the two defences is open, the appellant in my opinion is entitled to a new trial; if both defences are open, the jury's verdict of acquittal should be reinstated.

Before considering possible defences it may be appropriate to observe that since Confederation, and indeed before, the law of Canada has regarded as criminal, interference with pregnancy, however early it may take place; in 1969, the law was to some extent modified to exclude from criminal sanction abortions for therapeutic reasons carried out in compliance with prescribed conditions. It should also be noted that the appellant admits having done the act with which he stands charged, procuring the abortion of Verona Parkinson. His response to that charge simply is that he had two defences, a statutory defence of s. 45 and a common law defence of necessity which the jury was entitled to consider.

I.

Section 251 of the *Criminal Code*, so far as relevant in these proceedings, reads:

251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

(a) the administration of a drug or other noxious thing,

(b) the use of an instrument, and

(c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit. Par conséquent, la situation dans le présent pourvoi est simplement celle-ci: si la décision de la Cour d'appel est bien fondée et aucun des deux moyens de défense n'est admissible pour l'appelant, le verdict de culpabilité doit être maintenu; si l'un de ces moyens seulement est admissible, il doit, à mon avis, y avoir un nouveau procès; si les deux moyens de défense sont admissibles le verdict d'acquiescement prononcé par le jury doit être rétabli.

Avant d'examiner les moyens de défense, il est à propos de signaler que depuis la Confédération, et même avant, la loi canadienne a toujours considéré comme un crime le fait d'interrompre la grossesse, même à ses débuts; en 1969, la loi a été modifiée dans une certaine mesure de façon à mettre à l'abri de sanctions criminelles l'avortement pratiqué pour raisons thérapeutiques conformément à des conditions prescrites. On doit noter aussi que l'appelant admet avoir posé l'acte dont il est accusé, soit, avoir procuré l'avortement de Verona Parkinson. Sa réponse est simplement qu'il avait deux moyens de défense que le jury était en droit de considérer: un moyen statutaire fondé sur l'art. 45 et un moyen de *common law*, la nécessité.

I.

Les paragraphes pertinents de l'art. 251 du *Code criminel*, se lisent comme suit:

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin, qui étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b) l'emploi d'un instrument, et

c) toute manipulation.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, . . . if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

“therapeutic abortion committee” for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

Subs. (1) defines the offence. The offence is committed when a person uses any means for the purpose of carrying out his intention of procuring the miscarriage of a female person. The means adopted may include the administration of a drug or other noxious thing, or the use of an instrument or manipulation of any kind. The appellant openly admits using an instrument for the purpose of procuring the miscarriage of Verona Parkinson. Subs. (2) provides that a pregnant female person who uses any means or permits any means to be used for the purpose of procuring her miscarriage is guilty of an indictable offence. Subs. (4) is of the utmost importance to any medical practitioner contemplating the use of any means to procure the miscarriage of a female person. This subsection is intended to afford, and does afford, a complete answer and defence to those who respect its terms. The subsection requires: (1) That the person procuring the miscarriage be a qualified medical prac-

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, . . . si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décisions de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommés par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital.

Le par. (1) définit l'infraction. Elle est commise lorsqu'une personne emploie quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin. Le moyen adopté peut comprendre l'administration d'une drogue ou autre substance délétère, l'emploi d'un instrument ou toute manipulation. L'appelant a admis franchement qu'il avait employé un instrument dans le but de procurer l'avortement de Verona Parkinson. Le par. (2) prévoit qu'une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, emploie ou permet qu'on emploie un moyen dans l'intention d'obtenir son avortement, est coupable d'un acte criminel. Le par. (4) est de la plus haute importance pour tout médecin qui envisage l'emploi de quelque moyen pour procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin. Le but de ce paragraphe est d'offrir, ce qu'il accorde effectivement à ceux qui satisfont à ses conditions, un moyen de défense complet. Les conditions prescrites sont: (1) la personne procu-

itioner; (2) The medical practitioner must not be a member of a therapeutic abortion committee for any hospital; (3) The medical practitioner must act in good faith; (4) The means used to procure the miscarriage must be used in a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation or approved by the provincial Minister of Health; (5) The hospital must have a therapeutic abortion committee comprised of not less than three members, each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital; (6) The committee at a meeting must review the case of the female person; (7) The committee, by a majority of the members, must have agreed to the issuance of a certificate; (8) The certificate must be in writing and must state that in the opinion of the committee *the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health*; (9) The committee must cause a copy of the certificate to be given to the medical practitioner who intends to procure the miscarriage. It is only too obvious, on reading s. 251, that, first, Parliament regards procuring abortion as a grave crime which carries with it the same maximum penalty as non-capital murder; second, Parliament has recognized that continuation of pregnancy may endanger the life or health of a pregnant woman, and has, therefore, made provision whereby pregnancy may be terminated by a qualified medical practitioner in an accredited or approved hospital; third, and for the purposes of the present case, of paramount importance, the decision whether or not to terminate the pregnancy is not that of the doctor who intends to perform the operation but of at least three of his peers, specially appointed to consider and determine questions relating to terminations of pregnancy; fourth, Parliament has not embodied in s. 251 a section similar to s. 1(4) of the English *Abortion Act* which relieves the medical practitioner of the need for independent medical opinions and a hospital setting prior to terminating a pregnancy in

... a case where he is of the opinion, formed in good faith, that the termination is immediately necessary to

rant l'avortement doit être un médecin qualifié; (2) le médecin ne doit pas être membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital; (3) le médecin doit agir de bonne foi; (4) le moyen utilisé pour procurer l'avortement doit être employé dans un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux ou approuvé par le ministre de la Santé de la province; (5) l'hôpital doit avoir un comité de l'avortement thérapeutique formé d'au moins trois membres tous médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital; (6) le cas de la personne du sexe féminin doit être examiné par le comité lors d'une réunion; (7) le comité, par décision de la majorité de ses membres, doit avoir autorisé la délivrance d'un certificat; (8) le certificat doit être par écrit et doit déclarer que de l'avis du comité *la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière*; (9) le comité doit faire remettre une copie du certificat au médecin qui entend procurer l'avortement. Il n'est que trop évident, à la lecture de l'art. 251, que, premièrement le Parlement considère le fait de procurer un avortement comme un crime grave qui emporte la même peine maximum que le meurtre non qualifié; deuxièmement, le Parlement a reconnu que la grossesse peut mettre en danger la vie ou la santé d'une femme enceinte, et a, par conséquent, prévu que la grossesse peut être interrompue par un médecin qualifié dans un hôpital accrédité ou approuvé; en troisième lieu et, en l'occurrence, d'importance capitale, la décision de savoir si oui ou non on doit interrompre la grossesse n'appartient pas au médecin qui entend pratiquer l'opération mais à au moins trois de ses pairs spécialement nommés pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse; quatrièmement, le Parlement n'a pas mis dans l'art. 251 une disposition semblable au par. (4) de l'art. 1 de la Loi anglaise dite *Abortion Act*, qui dispense le médecin de la nécessité d'obtenir l'avis préalable de médecins indépendants et d'effectuer l'intervention dans un hôpital, lorsqu'il

[TRADUCTION] ... juge, de bonne foi, que l'interruption s'impose sans délai pour sauver la vie de la femme

save the life or to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman.

Counsel for the appellant would have us write into s. 251 a like dispensing provision though Parliament has not chosen to legislate it. Whether one agrees with the Canadian legislation or not is quite beside the point. Parliament has spoken unmistakably in clear and unambiguous language. The starting point for proper judicial analysis of the legal position of appellant is the statute. Justice must be done within the framework of, and according to, the rules set out in the *Criminal Code*.

II.

Turning now to s. 45 of the *Code*. It is found under the heading "Protection of Persons in Authority". Two other sections fall under the same heading, s. 43, "Correction of child by force" and s. 44, "Master of Ship maintaining discipline." The next thing to note is that s. 45 has been in the *Criminal Code* since the year 1892, but, until the present case, no one has raised it as a defence to a charge of procuring an abortion. This is, of course, in no way determinative of the issue we face; if s. 45 offers a good defence, it is available to appellant, although raised now for the first time. The section is expressed in broad terms:

45. Every one is protected from criminal responsibility for performing a surgical operation upon any person for the benefit of that person if

- (a) the operation is performed with reasonable care and skill, and
- (b) it is reasonable to perform the operation, having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and to all the circumstances of the case.

The essential ingredients of s. 45 are that the operation be performed with reasonable care and skill and that, having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and all the circumstances of the case, it is reasonable the operation be performed. The section is available to "every one", whether doctor or not, and the operation to which the section refers can be performed anywhere, within a hospital or

enceinte ou empêcher une atteinte grave et permanente à la santé physique ou mentale de cette dernière.

L'avocat de l'appellant voudrait que nous insérions dans l'art. 251 une semblable disposition d'exemption même si le Parlement n'a pas choisi de légiférer en ce sens. La question n'est pas de savoir si l'on est d'accord avec la législation canadienne. Le Parlement s'est exprimé sans équivoque en des termes clairs et précis. Le point de départ d'une analyse judiciaire appropriée de la situation juridique de l'appellant c'est le texte de la loi. Il faut que justice soit faite dans le cadre du *Code criminel* et conformément aux règles qui y sont énoncées.

II.

Je passe maintenant à l'art. 45 du *Code criminel*. Il se trouve sous le sous-titre «Protection des personnes exerçant l'autorité». Il y a deux autres articles sous ce même sous-titre, l'art. 43 relatif à la discipline des enfants et l'art. 44 relatif à la discipline à bord d'un navire. Ensuite il faut noter que l'art. 45 est dans le *Code criminel* depuis 1892, mais, avant la présente affaire, personne ne l'a invoqué comme moyen de défense à l'encontre d'une accusation d'avoir procuré un avortement. Naturellement, cela ne règle en rien la question que nous avons à décider; si l'art. 45 confère un bon moyen de défense, il est valable pour l'appellant, même s'il est invoqué pour la première fois. Il est rédigé en termes généraux:

45. Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,

- a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et
- b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.

Les éléments essentiels sont donc que l'opération soit pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et qu'il soit raisonnable de la pratiquer étant donné l'état de santé de la personne à ce moment et toutes les autres circonstances de l'espèce. L'article s'applique à «toute personne», qu'elle soit médecin ou non, et l'opération visée peut être pratiquée n'importe où, dans un hôpital ou ailleurs. Par l'art. 251, le Parlement a proscrit

not. Parliament in s. 251 has proscribed as criminal conduct surgery procuring a miscarriage, except in conformity with precise and detailed protective measures including a qualified medical practitioner and an accredited or approved hospital, yet, if the argument on behalf of appellant is correct, Parliament in s. 45 has protected from criminal responsibility any person who by surgical means procures a miscarriage anywhere, provided the operation is performed with reasonable skill and care and it is reasonable to perform it, having regard to the state of health of the person upon whom the operation is performed and to all the circumstances of the case. If the argument is valid, an abortion performed by surgical means could have the protection of s. 45 but not one performed by other means. Section 45 might protect the person performing the operation but not protect the woman from prosecution under s. 251(2). We must give the sections a reasonable construction and try to make sense and not nonsense, of the words. We should pay Parliament the respect of not assuming readily that it has enacted legislative inconsistencies or absurdities. The better opinion in my view is that s. 251 contains a comprehensive code on the subject of abortions, unitary and complete within itself, which the general language of s. 45 does not touch. Section 45 may be available as an answer to a charge arising out of a surgical operation performed on an unconscious patient but it is not, in my view, available as an answer to a charge of procuring an abortion contrary to s. 251. Section 251 is concerned with the procurement of a miscarriage, *i.e.*, the bringing forth prematurely of the foetus. It is concerned only remotely, if at all, with surgical operations. According to our law, the appellant's only statutory means of defence was s. 251(4) of the *Criminal Code*.

III

In an attempt to escape the discipline of the statute, the appellant seeks to rely on an ill-defined and elusive concept sometimes referred to as the

comme un crime toute intervention chirurgicale qui procure un avortement, sauf si elle est pratiquée conformément à des mesures de protection précises et détaillées qui comportent un médecin qualifié et un hôpital accrédité ou approuvé; pourtant, si la prétention soumise au nom de l'appelant est juste, le Parlement aurait, par l'art. 45, mis à couvert de responsabilité criminelle toute personne qui, où que ce soit, procure un avortement par quelque moyen chirurgical, pourvu que l'opération soit pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables et qu'il soit raisonnable de la pratiquer, étant donné l'état de santé de la patiente et toutes les autres circonstances de l'espèce. Si l'argument est bon, un avortement pratiqué par un moyen chirurgical serait protégé par l'art. 45 mais non un avortement pratiqué par d'autres moyens. L'art. 45 pourrait mettre à l'abri de poursuites la personne qui pratique l'opération mais il ne pourrait protéger celle qui la subit d'une poursuite intentée sans le régime du par. (2) de l'art. 251. Nous devons donner aux deux articles une interprétation raisonnable et tâcher de les lire d'une façon qui a du sens et non pas d'y voir un non-sens. Nous devons avoir envers le Parlement la courtoisie de ne pas présumer aisément qu'il a édicté des incohérences ou des absurdités. A mon avis, le point de vue le plus valable c'est que l'art. 251 est un code sur l'avortement, un code entier et complet en lui-même, que les termes généraux de l'art. 45 ne touchent pas. L'art. 45 peut valoir comme réponse à une accusation découlant d'une opération chirurgicale pratiquée sur un patient inconscient mais il n'est pas, à mon avis, un moyen de défense à l'encontre de l'accusation d'avoir procuré un avortement contrairement à l'art. 251. Celui-ci vise le fait de procurer un avortement, c.-à-d. de faire expulser prématurément le foetus. Il n'a qu'un rapport lointain, s'il en a un, avec les opérations chirurgicales. Selon notre droit, le seul moyen de défense statutaire admissible pour l'appelant c'était le par. (4) de l'art. 251 du *Code criminel*.

III.

Pour tenter d'échapper aux rigueurs du statut, l'appelant veut s'appuyer sur un concept mal défini et difficile à cerner qu'on appelle parfois l'excuse

defence of necessity. The defence of necessity is as rare to Canadian jurisprudence as a s. 45 defence. Standard Canadian texts on criminal law either ignore or make scant reference to the subject. Save in the exceptional case of *R. v. Bourne*²⁶, to which I will later refer, the defence has never been raised successfully, so far as one can ascertain, in a criminal case in this country or in England. It was unavailing in *U.S. v. Holmes*²⁷, where, following a shipwreck, the sailors threw fourteen passengers overboard to lighten a lifeboat that was sinking and in *R. v. Dudley and Stephens*²⁸, where the accused, two seamen, after eighteen days adrift in an open boat and starving, killed a youthful companion and fed on his flesh four days, at the end of which time they were rescued. It was raised in *Gregson v. Gilbert*²⁹, where 150 slaves were pushed overboard because of water shortage. The defence of necessity has been held to permit encroachment on private property in the case of great and imminent danger: *Mouse's case*³⁰, where a casket belonging to Mouse and other things were thrown overboard in order to lighten a barge that was in danger of sinking during a storm. Necessity has been said to justify pulling down a house to prevent the spread of a fire, or the escape of prisoners from a burning prison and it has given rise to endless philosophizing on the right of a person in danger of drowning to push another from a floating plank in order to save himself. These are said to be examples of the defence of necessity, but no clear principle can be detected. It has been held that necessity cannot justify killing: *R. v. Dudley and Stephens, supra*, or the stealing of food by a starving man, Hale, *Pleas of Crown I*, 54 or the occupancy of empty housing by those in dire need of accommodation, *Southwark London Borough Council v. Williams*³¹. The courts have been reluctant to give recognition to the doctrine of necessity for, as Lord Denning M.R. said in the *Williams* case, p. 744: "Necessity would open a door which no man could shut" and "The plea would be an excuse for all sorts of wrongdoing." and Lord Justice Edmund Davies in the same case, p. 746,

de nécessité. Comme moyen de défense, la nécessité est aussi rare dans la jurisprudence canadienne que l'art. 45. Les ouvrages canadiens courants sur le droit criminel n'en parlent pas ou ne la mentionnent que brièvement. Sauf dans la décision exceptionnelle *R. v. Bourne*²⁶, sur laquelle je reviendrai plus loin, la défense de nécessité n'a jamais été admise, autant qu'on puisse voir, dans une affaire criminelle en ce pays ou en Angleterre. Elle n'a pas été acceptée dans l'arrêt *U.S. v. Holmes*²⁷, où, après le naufrage du navire, les matelots avaient jeté par-dessus bord quatorze passagers afin d'alléger une chaloupe de sauvetage en train de couler, ni dans l'arrêt *R. v. Dudley and Stephens*²⁸, où les accusés, deux marins, ayant passé dix-huit jours à la dérive dans une embarcation ouverte, et mourant de faim, avaient tué un jeune compagnon et s'étaient nourris de sa chair durant quatre jours, après quoi ils avaient été sauvés. Elle a été invoquée dans l'arrêt *Gregson v. Gilbert*²⁹, au sujet de 150 esclaves qu'on avait jetés à la mer en raison d'un manque d'eau. Un arrêt a statué que la nécessité permettait l'atteinte à la propriété privée en cas de danger grave et imminent: c'est l'affaire *Mouse*³⁰, où le coffre de Mouse, avec d'autres choses, avait été jeté par-dessus bord pour alléger une barge en danger de couler durant une tempête. La nécessité a été considérée comme justifiant la destruction d'une maison aux fins de circonscrire un incendie, de même que l'évasion de détenus d'une prison en feu, et elle a donné naissance à des discussions philosophiques sans fin sur le droit d'une personne risquant la noyade d'éloigner un autre d'une pièce de bois flottante dans le but de se sauver elle-même. On dit que ce sont des exemples de la défense de nécessité, mais il n'en ressort aucun principe manifeste. On a statué que la nécessité ne pouvait justifier l'homicide: *R. v. Dudley and Stephens, supra*, ni le vol de nourriture par un homme mourant de faim, Hale, *Pleas of Crown I*, 54, ni l'occupation d'habitations vides par ceux qui ont un besoin extrême de logement, *Southwark London Borough Council v. Williams*³¹. Les tribunaux ont été peu enclins à

²⁶ [1939] 1 K.B. 687.

²⁷ (1842), 26 Fed. Cas. 360.

²⁸ (1884), 14 Q.B.D. 273.

²⁹ (1783), 3 Dougl. 232.

³⁰ (1609), 12 Co.Rep. 63.

³¹ [1971] 1 Ch. 734.

²⁶ [1939] 1 K.B. 687.

²⁷ (1842), 26 Fed. Cas. 360.

²⁸ (1884), 14 Q.B.D. 273.

²⁹ (1783), 3 Dougl. 232.

³⁰ (1609), 12 Co. Rep. 63.

³¹ [1971] 1 Ch. 734.

“—necessity can very easily become simply a mask for anarchy”. The defence of necessity finds little support in the cases. Professor Glanville Williams, who has written frequently on abortion and the doctrine of necessity ((1952), 5 C.L.P. 128; (1953), 6 C.L.P. 216; *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957)) introduces the subject “Authorities on the defence of necessity” in his text on *Criminal Law* (2nd ed. 1961) with the qualified statement, p. 724: “Notwithstanding the doubts that have been expressed, it will here be submitted somewhat confidently that the defence is recognized in English law.” Compare, however, “The Necessity Plea in English Common Law” by P. R. Glazebrook, 1972 *A Cambridge Law Journal*, 87 and see “The Defence of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil” by Arnolds and Garland, (1974), 65 *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 289. On the authorities it is manifestly difficult to be categorical and state that there is a law of necessity, paramount over other laws, relieving obedience from the letter of the law. If it does exist it can go no further than to justify non-compliance in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible. No system of positive law can recognize any principle which would entitle a person to violate the law because on his view the law conflicted with some higher social value.

R. v. Bourne, supra, is sometimes quoted in support of the contention that there is a defence of necessity: for myself, I have some considerable reservations on the point. The facts in *Bourne* were undoubtedly exceptional. On April 27, 1938, the girl, who was then under the age of fifteen, had been raped with great violence, in consequence of which she became pregnant. Mr. Bourne, an obstetrical surgeon of highest skill, openly, at one

admettre la théorie de la nécessité parce que, pour employer les termes de Lord Denning (Maître des Rôles) dans l'arrêt *Williams*, p. 744: [TRADUCTION] «La nécessité ouvrirait une porte que personne ne pourrait fermer» et «Le moyen serait une excuse pour toutes sortes d'actes répréhensibles», et ceux du Lord juge Edmund Davies dans le même arrêt, p. 746, [TRADUCTION] «—la nécessité peut très facilement devenir simplement le masque de l'anarchie». La défense de nécessité trouve peu d'appuis dans la jurisprudence. Le professeur Glanville Williams, qui a fréquemment écrit sur l'avortement et la théorie de la nécessité ((1952), 5 C.L.P. 128; (1953), 6 C.L.P. 216; *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957)), amorce par cet énoncé mitigé le thème «Précédents sur le moyen de nécessité», dans son ouvrage intitulé *Criminal Law* (2^e éd. 1961), p. 724: [TRADUCTION] «Nonobstant les doutes qui ont été exprimés, nous soutiendrons ici avec assez d'assurance que cette défense est admise en droit anglais.» Comparer cependant avec «The Necessity Plea in English Common Law», par P. R. Glazebrook, 1972 *A Cambridge Law Journal*, 87 et voir «The Defence of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil», par Arnolds et Garland, (1974), 65 *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 289. En se basant sur les précédents, il est manifestement difficile d'être catégorique et de déclarer qu'il existe une loi de la nécessité, primant les autres lois, et qui dispense d'obéir à la lettre de la loi. Si elle existe, elle ne peut faire plus que justifier la désobéissance dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible. Aucun système de droit positif ne peut admettre un principe qui permettrait à quelqu'un de violer la loi parce que, à son avis, elle entre en conflit avec des valeurs sociales plus élevées.

La décision *R. v. Bourne, supra*, est parfois citée à l'appui de la prétention qu'il existe une défense de nécessité: quant à moi, j'ai à ce sujet de fortes réserves. Les faits dans l'affaire *Bourne* sortent sans aucun doute de l'ordinaire. Le 27 avril 1938, la jeune fille, qui n'avait pas encore quinze ans, avait été violée très brutalement et en était devenue enceinte. M. Bourne, un obstétricien de la plus haute compétence, a pratiqué l'avortement, ouver-

of the great English hospitals, performed an abortion as an act of charity, without fee or reward. He was charged with using an instrument with intent to procure the miscarriage, contrary to the provisions of s. 58 of the *Offences Against the Person Act*, (1861 (U.K.), c. 100). The indictment did not allege that the defendant had used the instrument "unlawfully"; and, before plea, counsel for Mr. Bourne objected that by reason of the omission of that word the indictment was bad. Macnaghten J. directed that the indictment should be amended by the addition of the word "unlawfully". In charging the jury, the judge referred to the *Infant Life (Preservation) Act*, (1929, (U.K.), c. 34) which made it an offence to cause a child to die before it had an existence independent of its mother, but contained a proviso that no person should be found guilty of an offence under the section unless it were proved that the act which caused the death of the child was not done in good faith for the purpose only of preserving the life of the mother. No such proviso was in fact set out in s. 58 of the *Offences Against the Person Act*, 1861, under which Mr. Bourne was charged but Macnaghten J. concluded the word "unlawfully" in the latter Act was not a meaningless word but one which imported the meaning expressed by the proviso in the *Infant Life (Preservation) Act*, 1929, and, therefore, a burden rested on the Crown to satisfy the jury beyond reasonable doubt that the accused did not procure the miscarriage of the girl in good faith for the purpose only of preserving her life. The jury acquitted. It might be mentioned in passing that Macnaghten J. made this comment in the course of his charge to the jury, p. 695:

As I said at the beginning of my summing-up, it does not touch the case of the professional abortionist. As far as the members of the medical profession themselves are concerned—and they alone could properly perform such an operation—we may hope and expect that none of them would ever lend themselves to the malpractices of professional abortionists, and in cases of this sort, as Mr. Bourne said, no doctor would venture to operate except after consulting some other member of the profession of high standing.

The *Bourne* decision may be regarded as exceptional and in a sense legislative. Although stated to

tement, dans un des grands hôpitaux anglais, à titre charitable, sans honoraire ni récompense. Il a été accusé d'avoir employé un instrument avec l'intention de procurer l'avortement, contrairement aux dispositions de l'art. 58 du *Offences Against the Person Act*, (1861 (R.U.), c. 100). L'acte d'accusation n'alléguait pas que le défendeur avait utilisé l'instrument «illégalement»; et, avant de répondre à l'acte d'accusation, l'avocat de M. Bourne a objecté que par suite de l'omission de ce mot l'acte était défectueux. Le juge Macnaghten ordonna de modifier l'acte d'accusation en ajoutant le mot «illégalement». Dans ses directives au jury, il s'est reporté à l'*Infant Life (Preservation) Act*, (1929 (R.U.), c. 34) selon lequel c'est une infraction que de causer la mort d'un enfant qui n'a pas encore d'existence séparée de celle de sa mère, mais avec la réserve que nul ne peut en être trouvé coupable à moins qu'il ne soit prouvé que l'acte qui a causé la mort de l'enfant n'a pas été fait de bonne foi aux fins seulement de préserver la vie de la mère. Aucune réserve semblable n'était exprimée dans l'art. 58 de l'*Offences Against the Person Act*, 1861, en vertu duquel M. Bourne était accusé mais le juge Macnaghten a conclu que le mot «illégalement» n'y était pas dénué de sens mais introduisait la restriction exprimée par la réserve énoncée dans l'*Infant Life (Preservation) Act*, 1929, et, par conséquent, qu'il incombait au ministère public de convaincre le jury hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas procuré l'avortement de la jeune fille en toute bonne foi aux fins seulement de préserver la vie de cette dernière. Le jury a prononcé l'acquiescement. On peut mentionner en passant que le juge Macnaghten a fait dans le cours de ses directives ce commentaire, p. 695:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit au début de mon résumé des débats, ce n'est pas du tout le cas d'un avorteur professionnel. Quand il s'agit des membres de la profession médicale—et eux seuls peuvent régulièrement pratiquer une telle opération—nous sommes en droit d'espérer et de compter qu'aucun d'eux ne se prêtera aux pratiques fautives des avorteurs professionnels, et dans des cas de ce genre, comme M. Bourne l'a dit, aucun médecin ne s'aviserait d'opérer si ce n'est après avoir consulté quelque autre membre hautement réputé de sa profession.

L'arrêt *Bourne* peut être considéré comme exceptionnel et, dans un sens, législatif. Bien qu'on

exemplify the doctrine of necessity, the judge did not specifically rely on necessity. At the time of *Bourne* the law was unclear as to the legal position of a medical practitioner who procured an abortion on a girl whose life or health was endangered by continued pregnancy. The English statute did not then contain, although it now does, any provision for therapeutic abortion akin to s. 251(4) of the *Code*. The trial judge, through the word “unlawfully”, imported such a concept and on the facts of that case it is of no surprise that the jury acquitted. The question of compliance with statutory law permitting therapeutic abortion did not arise. If the proponents of the existence of the defence of necessity have to rely on the case of *Bourne*—and the only support in modern jurisprudence would seem to come from that case and one or two which followed it—to support their position, the very uniqueness of *Bourne* both on facts and law may lead one seriously to question whether a defence of necessity can really be said to exist. I do not think the *Bourne* case is of great assistance to the appellant. In *Bourne* the trial judge imported into the charge the consideration of “preserving the life of the mother”. That same concept finds statutory recognition in our abortion legislation but in the somewhat broader phraseology “likely to endanger her life or health.” It is, therefore, clear that a medical practitioner who wishes to procure a miscarriage because continued pregnancy may endanger the life or health of his patient may legally do so if he secures the certificate mentioned in s. 251(4)(c). The defence of necessity, whatever that vague phrase may import, does not entitle a medical practitioner, in circumstances of time and place such as those under consideration, to procure an abortion on his own opinion of the danger to life and health.

Assuming the theoretical possibility of such a defence in the present case, it remains to be seen whether there is evidence to support it. Amid the general imprecision and philosophic uncertainty discernible among the authors as to reach and effect of a defence of necessity, the most definite

y ait vu une illustration de la théorie de la nécessité, le juge ne s’est pas spécialement appuyé sur cela. A l’époque, le droit n’était pas clair quant à la situation juridique du médecin qui procure l’avortement d’une jeune fille dont le vie ou la santé est mise en danger par la grossesse. Le statut anglais ne contenait pas alors, comme il en contient maintenant, une disposition sur l’avortement thérapeutique analogue au par. (4) de l’art. 251 du *Code*. Le juge du procès, par le biais du mot «illégalement», en a introduit le principe et d’après les faits de cette affaire-là il n’est pas surprenant que le jury ait prononcé l’acquiescement. La question de l’observation d’une loi statutaire permettant l’avortement thérapeutique ne se présentait pas. Si les tenants de l’existence de l’excuse de nécessité doivent s’appuyer sur l’affaire *Bourne* pour étayer leur position,—et leur seul appui dans la jurisprudence moderne semble venir de cet arrêt-là et d’un ou de deux autres qui ont suivi—le caractère unique de la décision tant sur les faits que sur le droit peut nous amener à douter grandement de l’existence de l’excuse de nécessité. Je ne pense pas que l’affaire *Bourne* soit à l’appelant d’un grand secours. Le juge du procès y a introduit dans l’infraction imputé l’élément de la «préservation de la vie de la mère». Ce même principe est reconnu explicitement dans notre texte sur l’avortement mais il est libellé en termes un peu plus larges: «mettre probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière.» Par conséquent, il est clair qu’un médecin qui désire procurer un avortement parce que la grossesse peut mettre en danger la vie ou la santé de sa patiente, peut légalement le faire s’il obtient le certificat mentionné à l’al. c) du par. (4) de l’art. 251. L’excuse de nécessité, quel que soit le sens de cette expression vague, ne permet pas à un médecin, dans des circonstances de temps et de lieu semblables à celles soumises à notre examen, de procurer un avortement sur la foi de sa propre opinion quant au danger pour la vie et la santé.

Admettant qu’il y ait possibilité théorique d’une telle excuse dans l’espèce présente, reste à voir s’il y a une preuve qui peut l’étayer. Dans l’imprécision générale et l’incertitude philosophique qu’on discerne parmi les auteurs quant à la portée et à l’effet de l’excuse de nécessité, l’énoncé le plus net

assertion would seem to be that found in Kenny's *Outlines of the Criminal Law*, 19th ed. (1966) where the author says, p. 73:

Probably no such defence can be accepted in any case (1) where the evil averted was a lesser evil than the offence committed to avert it, or (2) where the evil could have been averted by anything short of the commission of that offence, or (3) where more harm was done than was necessary for averting the evil. Hence it is scarcely safe to lay down any more definite rule than that suggested by Sir James Stephen, viz. that "it is just possible to imagine cases in which the expediency of breaking the law is so overwhelmingly great that people may be justified in breaking it; but these cases cannot be defined beforehand."

Kenny says, p. 72:

Yet though theoretical writers have been willing to accept this ground of defence, there is no English case in which the defence has been actually raised with success.

Turning our attention to Kenny's (2), we must ask whether the evil averted could have been averted by anything short of the commission of the offence. This raises the question of the urgency of the operation performed by the appellant and whether the appellant could have complied with the law. A defence of necessity at the very least must rest upon evidence from which a jury could find (i) that the accused in good faith considered the situation so emergent that failure to terminate the pregnancy immediately could endanger life or health and (ii) that upon any reasonable view of the facts compliance with the law was impossible.

It is the function of the jury and not that of an appellate court to weigh the evidence in any case, but it is proper and at times indeed essential for an appellate court to examine the record with a view to ascertaining whether there is *any* evidence to support a defence. What was the evidence as to urgency and was there any evidence from which a jury properly instructed could have concluded that the appellant could not have complied with the law? There is no need to review the evidence in detail, it is essentially as follows:

Verona Parkinson

[TRANSLATION] Counsel for the Crown:

Q. After you filled out Form P-15—will you tell the Court what happened?

semble être celui que l'on trouve dans Kenny, *Outlines of the Criminal Law*, 19^e éd. (1966), où l'auteur dit, p. 73:

[TRADUCTION] Il est probable qu'on ne peut accepter une telle excuse (1) lorsque le mal évité est un moindre mal que l'infraction commise pour l'éviter, ou (2) lorsque le mal aurait pu être évité sans aller jusqu'à perpétrer cette infraction, ou (3) lorsque l'on a causé un tort plus grand que nécessaire pour éviter le mal. Aussi il est peu sûr de poser une règle plus définie que celle suggérée par Sir James Stephen, à savoir, qu'il n'est pas impossible d'imaginer des cas où violer la loi est un expédient qui s'impose avec une telle force que l'on peut être excusable de le faire; mais ces cas ne peuvent être définis à l'avance.»

Kenny dit aussi, p. 72:

Pourtant bien que des auteurs de doctrine aient été disposés à admettre ce moyen de défense, il n'existe aucun arrêt anglais où il se trouve avoir été effectivement soulevé avec succès.

Nous reportant à la condition numéro (2) de Kenny, nous devons nous demander si le mal évité aurait pu être évité sans aller jusqu'à commettre l'infraction. Cela soulève la question de l'urgence de l'opération pratiquée par l'appelant et celle de savoir s'il aurait pu observer la loi. L'excuse de nécessité doit à tout le moins reposer sur une preuve d'où un jury puisse conclure (1) que l'accusé a de bonne foi considéré la situation si urgente que ne pas interrompre la grossesse immédiatement pouvait mettre en danger la vie ou la santé et (ii) que selon toute façon raisonnable de voir les faits, l'observation de la loi était impossible.

Il appartient au jury et non à une cour d'appel de peser la preuve dans une affaire, mais c'est le droit et parfois le devoir essentiel d'une cour d'appel d'examiner le dossier en vue de déterminer s'il y a *quelque* preuve à l'appui d'un moyen de défense. Quelle était la preuve sur l'urgence, y avait-il une preuve d'où un jury ayant reçu des directives correctes pouvait conclure que l'appelant n'aurait pas pu observer la loi? Point n'est besoin de revoir la preuve en détail, elle consiste essentiellement en ceci:

Verona Parkinson

Procureur de la Couronne:

Q. Après avoir rempli la fiche P-15, voulez-vous dire au Tribunal ce qui est arrivé?

A. I waited for a while. Then a man came in and called my name. Then I went in, he said "Sit down", and it was the doctor.

Q. Do you mean this was inside a private office?

A. Yes.

Q. Please go on.

A. Then he said, "How far advanced is the pregnancy? How long has it lasted?" I said "Six (6) weeks." He asked me whether I had ever been pregnant before, and I said no. Then I told him that I did not have all the money, and he asked me how much I had. I told him "Eighty dollars (\$80.00)", and he said "OK, I will let you pay a hundred and fifty dollars (\$150.00)." No, excuse me, he said he would let me pay one hundred and fifty dollars (\$150.00). Then I told him I would give him a post-dated cheque for the balance.

Later in her testimony, Miss Parkinson testified that she had decided to have an abortion for financial reasons. She did not have a health problem but she believed she had some psychological problems as she was anxious and could not eat nor sleep. The following questions and answers also appear during her cross-examination:

[TRANSLATION] Q. Did you have anything in mind if you had not found a doctor or a hospital to have an abortion?

A. Well, I would probably have borrowed some money and gone to the United States.

Q. To do what?

A. To have an abortion.

Q. Is it not true that you had decided to have an abortion at whatever cost?

A. Yes.

The evidence in chief of the appellant concerning his interview with Verona Parkinson before the operation was:

[TRANSLATION] A. Well, on August fifteen (15), Verona Parkinson came to my clinic; as I normally do, I went into the waiting room, to take the cards of people waiting there; among these cards was one for Verona Parkinson. I called her in, that is to say into my office, where the initial interviews

R. J'ai attendu un certain moment. Ensuite un monsieur est venu et a annoncé mon nom. Alors je suis rentrée et il a dit: Asseyez-vous et c'était le médecin.

Q. Voulez-vous dire que c'est à l'intérieur d'un bureau privé?

R. Oui.

Q. Voulez-vous continuer maintenant?

R. Ensuite il a dit: Quelle est la durée de gestation, de grossesse? A quel point est rendue la grossesse? J'ai dit: Six (6) semaines. Il m'a demandé si: Est-ce que vous avez déjà été enceinte auparavant? J'ai dit: Non. Alors je lui ai dit que je n'avais pas tout l'argent et il m'a demandé combien j'avais? Je lui ai dit: Quatre-vingt dollars (\$80.00) et il a dit: D'accord, je vais vous laisser payer cent cinquante dollars (\$150.00). Non, je m'excuse, il a dit qu'il me laisserait payer cent cinquante dollars (\$150.00). Alors je lui ai dit que je lui donnerais un chèque post-daté pour la balance.

Plus loin dans son témoignage, M^{lle} Parkinson a dit qu'elle avait décidé de se faire avorter pour des raisons financières. Elle n'avait pas de troubles de santé mais croyait qu'elle avait des troubles psychologiques puisqu'elle souffrait d'anxiété et ne pouvait manger ni dormir. Les questions et réponses suivantes figurent également dans son contre-interrogatoire:

Q. Est-ce que vous aviez décidé de faire quelque chose si vous ne trouviez pas un médecin ou un hôpital pour vous avorter?

R. Et bien j'aurais probablement emprunté de l'argent et je serais allée aux États-Unis.

Q. Pour faire quoi?

R. Pour avoir l'avortement.

Q. Est-ce qu'il n'est pas exact que vous étiez décidée d'avoir un avortement à n'importe quel prix?

R. Oui.

Dans son témoignage principal l'appelant raconte comme suit son entrevue avec Verona Parkinson avant l'opération:

R. Eh bien, le quinze (15) août, Verona Parkinson s'est présentée à ma clinique; comme je fais d'habitude, je suis sorti dans la salle d'attente, prendre les cartes des personnes qui se trouvaient là; parmi ces cartes-là, il y avait la carte à Verona Parkinson. Je l'ai appelée chez moi, c'est-à-dire dans mon

are held; I should add that there is always an initial interview with the patient. I asked her to sit down; I sat in front of my desk, and she sat opposite. So I looked at her card, I saw that her name was entered, that she was entered as being twenty-six (26) years old, that she had been referred by a friend and a doctor. Can I see the card?

The card—Exhibit P-15—reads:

NAME: Verona O. Parkinson AGE: 26
 ADDRESS: 7A ST. GEORGES, St. Anne D. Belle.
 TEL: 457-9183
 REF. BY: A friend & another Doctor app. 11:10
 DATE: 15th August '73 app. 11:40

[TRANSLATION] Q. P-15, yes.

A. Thank you.

Q. Do you recognize this card?

A. Yes, her address is entered above, her telephone number, and then the date. So, in the initial interview, I asked her why she had come; she told me that she was pregnant and she wished to have an abortion. She told me she was a student, that she was studying, and that she was single. In these cases, I always ask if she has had previous pregnancies; she told me no; if she had had any, it would be shown on the card. And on the other cards I usually use, it is indicated whether a woman has had previous pregnancies, or a previous medical history. So, we talked, I asked her questions, where she was from, and she told me that she was from Sierra Leone—I think it was the first time that I have had a patient from Sierra Leone—and what she was doing in Montreal, and she told me her reasons for wanting an abortion. At the time, she seemed very worried; it was not anything new, you are always faced with these problems of extreme anxiety in patients; and it is usually my practice to explain to patients that the operation is not dangerous; that it only lasts five (5) to ten (10) minutes, usually; that it is done under local anaesthesia, that there is a mask with nitrous oxide, oxygen, to relieve anxiety, and there would be a woman beside her to hold her hand, to reassure her..

bureau où se passent les entrevues initiales; il faut que j'ajoute, il y a toujours une entrevue initiale avec la patiente. Je lui ai demandé de s'asseoir; moi, je m'assis devant mon bureau, elle s'est assise là. Et alors, j'ai regardé sa carte, j'ai vu que son nom était marqué, c'était marqué qu'elle avait vingt-six (26) ans, c'était marqué qu'elle était référée par une amie et un médecin. Est-ce que je peux voir la carte?

La carte—Pièce P-15—se lit comme suit:

[TRADUCTION]

NOM: Verona O. Parkinson AGE: 26
 ADRESSE: 7A ST-GEORGES, Ste-Anne-de-Belle.
 TEL: 457-9183
 ENV. PAR: Un ami et un autre médecin app. 11:10
 DATE: 15 août '73 app. 11:40

Q. P-15, oui.

R. Merci.

Q. Vous reconnaissez cette carte?

R. Oui, son adresse est marquée là-dessus, son numéro de téléphone, et puis la date. Alors l'entrevue initiale, je lui ai demandé pourquoi elle venait; elle m'a dit qu'elle était enceinte et puis qu'elle voulait se faire avorter. Elle m'a dit qu'elle était étudiante, qu'elle faisait des études, qu'elle était célibataire. Dans ces cas-là, toujours je demande si elle a eu des grossesses antérieures; elle m'avait dit que non; si elle en avait eues, ce serait indiqué sur la carte. Et sur les autres cartes que j'ai d'habitude, c'est indiqué si une femme avait eu des grossesses antérieures, ou des antécédents médicaux. Alors, on parlait, je lui demandais des questions, d'où elle venait, elle m'avait dit qu'elle venait du Sierra Leone—je pense que c'est la première fois que je reçois une patiente au Sierra Leone—et ce qu'elle faisait à Montréal, et elle m'avait dit les raisons pourquoi elle voulait un avortement. Ensuite, elle semblait très anxieuse; c'était pas quelque chose de nouveau, enfin on est là tout le temps pris avec ces problèmes d'angoisse extraordinaire des patientes; et c'est mon habitude, d'habitude, d'expliquer aux patientes que l'intervention n'est pas dangereuse; que ça ne dure que cinq (5) à dix (10) minutes, d'habitude, que ça se fait sous anesthésie locale, qu'il y a un masque avec du protoxyde d'azote d'oxygène pour enlever l'angoisse, qu'il y aurait une femme à côté d'elle pour lui tenir la main, pour la rassurer.

And later:

[TRANSLATION] Q. Doctor, as the result of these various events, interview, the card, the examination of Miss Parkinson, what was your medical diagnosis and your decision?

A. My conclusion was that an abortion was for her reasonable, necessary, and I would even say indispensable.

Q. Why?

A. Because, first, there were several things that she had told me, that she was single, she was studying, she was a stanger here, her boyfriend was a student, and they were not ready to get married and take on the responsibilities of a child. So, she was in a state of psychological distess; as she stated in Court here, she was not sleeping, she was not eating, she was very upset and losing sleep; and, in psychosomatic terms, I am well aware that a state of psychism like that can cause very serious physical disorders, and if I had not done it, there was always the danger that she would give up hope, and go to a quack, that she would perform the abortion herself, that she would commit suicide in a moment of despair. Therefore, it was absolutely necessary, in order to protect her life and her health, for me to perform this abortion.

Glanville Williams expresses "grave doubt" that a suicide threat by a mother, and of course there was no such threat by the mother in this case, would in itself be sufficient to legalize an induced abortion: *The Law of Abortion, supra*, at p. 133. As to the time spent by appellant with Verona Parkinson prior to the operation, the following question and answer appear:

[TRANSLATION] Q. So then, if I tell you that the initial interview with Verona Parkinson only lasted about two (2) minutes, would you say that this was correct?

A. No, that surprises me greatly. It is a rare case that I do not spend five (5), then (10) or fifteen (15), sometimes even twenty (20), minutes with a patient. It varies from one case to another.

The appellant conceded that from 10:00 a.m. until noon on the day in question he had completed six abortions. The evidence also disclosed that at the time of the operation Verona Parkinson was 6 to 8 weeks' pregnant, leaving some 4 to 6 weeks before

Et plus loin:

Q. Docteur, à la suite de ces diverses démarches, entrevues, la carte, examen de mademoiselle Parkinson, quel a été votre diagnostic médical et votre décision?

R. Ma conclusion a été qu'un avortement, pour elle, était raisonnable, nécessaire et même, je dirais indispensable.

Q. Pourquoi?

R. Parce que, d'abord il y avait déjà plusieurs éléments qu'elle m'avait dits, qu'elle était célibataire, elle était aux études, elle était étrangère ici, son ami était étudiant, aussi, et ils n'étaient pas prêts à se marier et à assumer les responsabilités d'un enfant. Alors, elle était dans un état de détresse psychologique; comme elle l'a dit en cour ici, elle n'en dormait pas, elle n'en mangeait pas, elle était dans un état d'inquiétude, et le manque de sommeil; et, par mesure psychosomatique, je sais fort bien qu'un état de psychisme comme ça peut amener des troubles physiques très graves, et si je l'avais pas fait, il y avait toujours le danger qu'elle aille, en désespoir de cause, chez un charlatan, qu'elle s'avorte elle-même, qu'elle se suicide, dans un moment de détresse. Donc, il fallait absolument, pour protéger sa vie et sa santé, que je fasse cet avortement.

Glanville Williams dit «douter grandement» qu'une menace de suicide par une mère, et bien entendu il n'y a eu aucune semblable menace de la part de la mère en l'espèce présente, suffise en soi à légitimer un avortement provoqué: *The Law of Abortion, supra, à la p. 133*. Quant à la durée de l'entrevue de l'appellant avec Verona Parkinson avant l'opération, on trouve la question et la réponse que voici:

Q. Bon alors, si je vous suggérais que l'entrevue initiale avec Verona Parkinson n'a duré qu'environ deux (2) minutes, est-ce que vous diriez que c'est exact?

R. Non ça m'étonne beaucoup. Y a presque pas des cas où je ne passe pas cinq (5), dix (10) ou quinze (15), même vingt (20) minutes parfois avec une patiente. Ça varie d'un cas à l'autre.

L'appellant a admis que de 10 h à midi le jour en question il avait fait six avortements. La preuve révèle également qu'à l'époque de l'opération Verona Parkinson était enceinte de 6 à 8 semaines, ce qui laissait quelque 4 à 6 semaines avant la fin

completion of the first trimester of pregnancy, and that she had an appointment with the Montreal General Hospital for August 28, 1973, thirteen days after the appellant performed the abortion. The risk attendant upon abortion would have become greater the longer Verona Parkinson waited. Perhaps that is some evidence of urgency, but it does not go to establish impossibility.

Upon this evidence I think it perfectly clear the Court of Appeal did not err in concluding there was on the record little evidence of real and urgent medical need. More important, in answer to the question: "Was there any legal way out?" I think one must say that evidence from which a jury could conclude it was impossible for appellant to comply with the law is wholly wanting. The plain fact is that appellant made no attempt to bring himself within the bounds of legality in deciding to perform this abortion. Appellant failed to establish the second condition which Kenny says must be satisfied before the defence of necessity can be accepted in any case. I would hold, therefore, that the defence of necessity was not open to the appellant.

I have had the advantage of reading the reasons prepared by Mr. Justice Pigeon and I agree with him as to the powers of a Court of Appeal under s. 613(4) of the *Criminal Code*.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed

Solicitors for the appellant: Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro & Flam, Montreal.

Solicitor for the respondent: Louis-Guy Robichaud, Montreal.

Solicitor for the intervenant, The Attorney General of Canada: D. S. Thorson, Ottawa.

Solicitors for the intervenant, The Foundation for Women in Crisis: Clayton Ruby, Toronto.

Solicitors for the interventant, the Canadian Civil Liberties Association: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.

du premier trimestre de grossesse, et qu'elle avait un rendez-vous au Montreal General Hospital pour le 28 août 1973, treize jours après que l'appellant eut fait l'avortement. Le risque consécutif à un avortement serait devenu plus grand à mesure que Verona Parkinson aurait attendu. Peut-être y a-t-il là quelque preuve d'urgence, mais non pas d'impossibilité.

D'après cette preuve je pense qu'il est parfaitement clair que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait guère de preuve d'exigence médicale réelle et urgente. Et ce qui est plus important, en réponse à la question: «Y avait-il un moyen de s'en tirer qui fût conforme à la loi?», je pense qu'il faut dire qu'il y avait absence totale de preuve d'où un jury pouvait conclure qu'il était impossible pour l'appellant d'observer la loi. Le fait brutal c'est que l'appellant n'a fait aucun effort pour s'insérer dans le cadre de la légalité lorsqu'il a décidé de faire cet avortement. Il n'a pas réussi à établir la deuxième condition que d'après Kenny il faut remplir avant que l'excuse de nécessité puisse être acceptée en aucun cas. Je statuerais donc, par conséquent, que l'excuse de nécessité ne pouvait être invoquée par l'appellant.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par M. le juge Pigeon et suis d'accord avec lui quant aux pouvoirs d'une cour d'appel sous le régime du par. (4) de l'art. 613 du *Code criminel*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appel rejeté.

Procureurs de l'appelant: Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro & Flam, Montréal.

Procureur de l'intimée: Louis-Guy Robichaud, Montréal.

Procureur de l'intervenant, le Procureur général du Canada: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureur de l'intervenante, la Foundation for Women in Crisis: Clayton Ruby, Toronto.

Procureurs de l'intervenante, la Canadian Civil Liberties Association: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.

Solicitors for the intervenant, the Alliance for Life: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitors for the intervenants, the Front Commun pour le Respect de la Vie and the Association des médecins du Québec pour le respect de la vie: de Grandpré, Colas, Amyot, Lesage, Deschesnes & Godin, Montreal.

Solicitors for the intervenant, the Fondation pour la vie: O'Reilly, Allain & Hudon, Montreal.

Procureurs de l'intervenante, l'Alliance for Life: Weir & Foulds, Toronto.

Procureurs des intervenants, le Front Commun pour le Respect de la Vie et l'Association des médecins du Québec pour le Respect de la vie: de Grandpré, Colas, Amyot, Lesage, Deschesnes & Godin, Montréal.

Procureurs de l'intervenante, la Fondation pour la vie: O'Reilly, Allain & Hudon, Montréal.

Steve Paskivski and Nick Paskivski (an infant suing by his next friend, Steve Paskivski) (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Canadian Pacific Limited (formerly known as Canadian Pacific Railway Company), Wilfréd Cook, Charles Marsden, William Pederson and Nestor Stanko (*Defendants*) *Respondents*;

and

Steve Paskivski and Mrs. Steve Paskivski (*Third Parties*) *Appellants*.

Canadian Pacific Limited (formerly known as Canadian Pacific Railway Company) (*Defendant*) *Appellant by Cross-Appeal*;

and

Steve Paskivski and Nick Paskivski (an infant suing by his next friend, Steve Paskivski) (*Plaintiffs*) *Respondents by Cross-Appeal*;

and

Steve Paskivski and Mrs. Steve Paskivski (*Third Parties*) *Respondents by Cross-Appeal*.

1974: May 29, 30; 1975: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Négligence—Level crossing accident—Child waiting at crossing while slowly moving freight train engaged in switching operations—Whether special circumstances requiring railway company to take additional precautions commensurate with foreseeable risk of harm.

In an action brought as a result of a level crossing accident, the Supreme Court of Alberta, Appellate Division, allowed an appeal by the respondent railway company from the trial judgment wherein the appellants were awarded general damages of \$85,000 and special damages of \$4,837.10 in respect of injuries suffered by

Steve Paskivski et Nick Paskivski (mineur poursuivant par son représentant *ad litem*, Steve Paskivski) (*Demandeurs*) *Appellants*;

et

Canadien Pacifique Limitée (ci-devant la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique), Wilfred Cook, Charles Marsden, William Pederson et Nestor Stanko (*Défendeurs*) *Intimés*;

et

Steve Paskivski et M^{me} Steve Paskivski (*Mis en cause*) *Appellants*.

Canadien Pacifique Limitée (ci-devant la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique) (*Défenderesse*) *Appelante par incidence*;

et

Steve Paskivski et Nick Paskivski (mineur poursuivant par son représentant *ad litem*, Steve Paskivski) (*Demandeurs*) *Intimés par incidence*;

et

Steve Paskivski et M^{me} Steve Paskivski (*Mis en cause*) *Intimés par incidence*.

1974: les 29 et 30 mai; 1975: le 22 avril.

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

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

Négligence—Accident survenu à un passage à niveau—Enfant qui attend à un passage pendant qu'un train de marchandises effectue lentement des manœuvres d'aiguillage—Y avait-il des circonstances exceptionnelles demandant à la compagnie de chemin de fer de prendre des précautions supplémentaires proportionnelles aux risques de danger prévisible?

Dans une action intentée à la suite d'un accident survenu à un passage à niveau, la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta a accueilli un appel interjeté par la compagnie de chemin de fer intimée à l'encontre du jugement du juge de première instance qui a adjugé aux appellants la somme de \$85,000 pour dommages

the infant appellant. The infant appellant, then seven years of age, fell under the wheels of a slowly moving freight train engaged in switching operations, and suffered the loss of both of his legs below the knees.

Held: The appeal should be allowed and the judgment at trial restored, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. dissenting. The cross-appeal "with respect to the matter of costs" should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ.: A railway company's duty of care to users of public crossings is limited to discharge of statutory obligations under the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 196-207, and compliance with orders of the Canadian Transport Commission—unless there are special or exceptional circumstances, in which event a common law duty of care will require additional precautions or safeguards.

In this case the trial judge could find the cumulative effect of the following circumstances to be "special circumstances" calling for extra precautions on the part of Canadian Pacific: (i) The crossing was a much used public crossing, not a private or little used crossing; (ii) It provided the only means of access from the predominantly residential part of the community to the rest of the community; (iii) The crossing was used at regular times daily, in pursuance of a legal right, by children getting to and from school; (iv) The hour at which the train manoeuvre took place was the hour at which, to the knowledge of the railway, children would be returning to school; (v) There was not, to the knowledge of the railway, either a barrier or a flagman present; (vi) The road was icy and the day was cold and windy, compounding the danger; (vii) The train, a mile or more in length, passing within easy access in a seemingly endless procession of cars, would test the patience of children and afford them ample opportunity to indulge their natural propensity for play or mischief. Although a slowly moving train can be tempting and attractive to a child, the railway company took no precautions whatever to minimize the danger.

Per Martland and Ritchie JJ.: The trial judge found in the special circumstances of the case those exceptional circumstances which required a duty of care on the part of the respondent, beyond the mere observance of its statutory and regulatory obligations. He also found a breach of such duty, constituting negligence. On the

généraux et la somme de \$4,827.10 pour dommages spéciaux suite aux blessures subies par le mineur appellant. Ce dernier, alors âgé de sept ans, était tombé sous les roues d'un train de marchandises qui effectuait lentement des manœuvres d'aiguillage, et il perdit les deux jambes qui furent amputées au-dessous des genoux.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli et le jugement de première instance rétabli, les juges Judson, Pigeon et de Grandpré étant dissidents. Le pourvoi incident «relatif à la question des dépens» doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Beetz: L'obligation d'une compagnie de chemin de fer d'user de précautions à l'égard des usagers des passages à niveau publics est restreinte à l'exécution des obligations statutaires prévues à la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, art. 196 à 207, et au respect des ordonnances rendues par la Commission canadienne des transports—sauf s'il existe des circonstances spéciales ou exceptionnelles. En ce cas, une obligation de *common law* prescrit d'autres précautions ou mesures de sécurité.

En l'espèce, le juge de première instance était en mesure de conclure que l'effet cumulatif des circonstances suivantes constituait des «circonstances spéciales» exigeant du Canadien Pacifique certaines précautions supplémentaires: (i) Le passage à niveau était un passage public fréquemment utilisé et non un passage à niveau privé et peu utilisé; (ii) Le passage à niveau représentait pour la partie résidentielle de la ville l'unique lien avec le reste de la ville; (iii) Le passage à niveau était légitimement utilisé quotidiennement et à des heures régulières par les enfants qui se rendaient à l'école ou qui en revenaient; (iv) L'heure à laquelle le train effectuait ses manœuvres était, au su de la compagnie ferroviaire, celle à laquelle les enfants retournaient à l'école; (v) Il n'y avait à cet endroit, au su de la compagnie ferroviaire, ni barrière ni signaleur; (vi) La route était recouverte de glace et la journée était froide et venteuse, ajoutant ainsi au danger; (vii) Le train long d'environ un mille dont la facilité d'accès n'avait d'égal que son interminable défilé de wagons, éprouverait la patience des enfants et leur fournirait une belle occasion de donner libre cours à leur propension naturelle au jeu ou aux espiègleries. Bien qu'un train qui circule lentement soit tentant pour les enfants et exerce beaucoup d'attrait sur eux, la compagnie ferroviaire n'a pris aucune précaution pour minimiser le danger.

Les juges Martland et Ritchie: A la lumière des circonstances spéciales de l'affaire, le juge de première instance a conclu que ces circonstances exceptionnelles imposaient à l'intimée une obligation de précautions allant au-delà de la simple observance de ses obligations statutaires et réglementaires. Il a également conclu à la

facts, there was evidence sufficient to warrant those conclusions.

Per Judson, Pigeon and de Grandpré JJ., *dissenting*: This was not a case where the doctrine of exceptional or special circumstances should be applied.

The basic flaw in the judgment of the trial judge was that, on the facts, he concluded that there existed an allurements which put on the shoulders of the railway company an added burden. A train in normal use cannot be considered to be a concealed danger or trap.

In the absence of any special duty on the company to have an employee at the crossing at all times to warn the children away from the slowly moving train and in the absence of a defect in the crossing itself, the appeal should be dismissed.

[*Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McKay* (1903), 34 S.C.R. 81; *Anderson v. Canadian National Railways*, [1944] O.R. 169; *Lengyel v. Manitoba Power Commission* (1957), 23 W.W.R. 497; *Bouvier v. Fee*, [1932] S.C.R. 118; *Lake Erie and Detroit River Railway Co. v. Barclay* (1900), 30 S.C.R. 360; *Commissioner for Railways v. McDermott*, [1967] 1 A.C. 169; *Mitchell et al. v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 1 S.C.R. 592, referred to.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, allowing an appeal from a judgment of Kirby J. Appeal allowed, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. *dissenting*. Cross-appeal dismissed.

L. D. MacLean, Q.C., and *D. J. Evans*, for the plaintiffs, appellants.

D. B. Hodges, for the defendants, respondents.

THE CHIEF JUSTICE—I agree with my brother Dickson and would allow the appeal and dismiss the cross-appeal for the reasons he has given. To them I would add, in emphasis of what he has said on the point, that I am unable to appreciate why railway companies, in the conduct of their transportation operations, are today entitled to the benefit of a special rule, more favourable to them, by

négligence de l'intimée en raison de son manquement à cette obligation. A la lumière des faits, il est clair que ces conclusions s'appuient sur une preuve suffisante.

Les juges Judson, Pigeon et de Grandpré, *dissidents*: Il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer la théorie des circonstances exceptionnelles ou spéciales.

Le principal défaut du jugement rendu par le juge de première instance est qu'à la lumière de ses conclusions sur les faits, il a conclu à l'existence d'un attrait qui a placé sur les épaules de la compagnie de chemin de fer un fardeau additionnel. Un train dont on fait un usage normal ne peut être considéré comme un danger caché ou un piège.

En l'absence de toute obligation spéciale de la part de la compagnie de chemin de fer de poster en tout temps aux passages à niveau un employé chargé d'avertir les enfants de ne pas s'approcher du train en marche, et en l'absence d'une défectuosité au passage à niveau lui-même, le pourvoi devrait être rejeté.

[Arrêts mentionnés: *La Compagnie du chemin de fer du Grand-Tronc du Canada c. McKay* (1903), 34 R.C.S. 81; *Anderson v. Canadian National Railways*, [1944], O.R. 169; *Lengyel v. Manitoba Power Commission* (1957), 23 W.W.R. 497; *Bouvier c. Fee*, [1932] R.C.S. 118; *Lake Erie and Detroit River Railway Co. c. Barclay* (1900), 30 R.C.S. 360; *Commissioner for Railways v. McDermott*, [1967] 1 A.C. 169; *Mitchell et al. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 592.]

POURVOI et POURVOI INCIDENT interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel¹ de la Cour suprême d'Alberta qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Kirby. Pourvoi accueilli, les juges Judson, Pigeon et de Grandpré étant dissidents. Pourvoi incident rejeté.

L. D. MacLean, c.r., et *D. J. Evans*, pour les demandeurs, appelants.

D. B. Hodges, pour les défendeurs, intimés.

LE JUGE EN CHEF—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Dickson pour accueillir le pourvoi et rejeter le pourvoi incident pour les motifs qu'il a formulés. A ceux-ci je désire ajouter, afin de mettre en relief les propos qu'il a tenus sur cette question, que je ne puis comprendre pourquoi les compagnies ferroviaires, dans la gestion de leurs opérations de transport, jouissent aujourd'hui

¹ [1973] 4 W.W.R. 580, 37 D.L.R. (3d) 706.

¹ [1973] 4 W.W.R. 580, 37 D.L.R. (3d) 706.

which their common law liability is to be gauged. When all allowances are made for the force and legal effect of the rules and regulations of the regulatory agency, the Canadian Transport Commission, to which railway companies are subject, and when the question of their liability turns on the common law of negligence, as is the case here, they cannot claim to be judged by any different standards than those that apply to other persons or entities charged with liability for negligence.

The judgment of Martland and Ritchie JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The facts which give rise to this appeal have been stated fully in the reasons of my brothers Dickson and de Grandpré. The claim is based upon an allegation of negligence on the part of the respondent in failing to exercise reasonable care, in connection with the operation of its freight train at Coleman, Alberta, for the protection of the safety of the infant appellant. The submission of the respondent is that, in the light of the judgment of this Court in *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McKay*², the respondent owed no duty, in respect of its train passing over the level crossing, other than compliance with the statutory requirements of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, and any obligations imposed by the Board of Transport Commissioners.

The proposition stated in that case has, however, been qualified in subsequent decisions. Their effect is summarized in the judgment of Robertson C.J.O. in *Anderson v. Canadian National Railways*³, in the passage at p. 177 cited by my brother Dickson. In brief, if the operations of the railway are carried on in such a way, or are of such a character that the public using the crossing is exposed to exceptional danger, or if there are exceptional circumstances that render the pre-

² (1903), 34 S.C.R. 81.

³ [1944] O.R. 169.

d'une règle spéciale qui leur est plus favorable et selon laquelle nous devons déterminer leur responsabilité civile. Lorsque l'on tient compte de l'application et de la portée des règlements émanant de l'organisme de contrôle, la Commission canadienne des transports, à laquelle les compagnies de chemin de fer sont assujetties, et lorsque la question de la responsabilité de celles-ci entraîne l'application du droit commun relatif à la négligence, comme c'est le cas en l'espèce, ces compagnies ne peuvent prétendre être jugées selon des critères différents de ceux qui s'appliquent aux autres personnes ou aux autres entités dont la responsabilité est retenue pour cause de négligence.

Le jugement des juges Martland et Ritchie a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Tous les faits donnant lieu au présent appel ont été relatés dans les motifs de jugement de mes collègues les juges Dickson et de Grandpré. La réclamation est fondée sur une allégation de négligence de la part de l'intimée qui aurait omis de prendre des précautions raisonnables pour assurer la sécurité du mineur appelant lorsque le train de marchandises a effectué certaines manœuvres à Coleman en Alberta. Pour sa part, l'intimée prétend qu'à la lumière de la décision de cette Cour dans l'affaire *La Compagnie du chemin de fer du Grand-Tronc du Canada c. McKay*², aucun devoir ne lui incombait, au regard de l'utilisation du passage à niveau, sauf celui de se conformer aux exigences statutaires prévues à la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, et à toute obligation imposée par la Commission canadienne des transports.

Cependant, certaines décisions ultérieures ont atténué la règle énoncée dans cette affaire-là. La portée de ces décisions est résumée dans le jugement prononcé par le juge en chef de l'Ontario, le juge Robertson, dans la cause *Anderson v. Canadian National Railways*³, à la p. 177, au passage cité par mon collègue le juge Dickson. En deux mots, si les opérations de la compagnie de chemin de fer sont effectuées de telle façon ou sont de nature telle que le public utilisant le passage à

² (1903), 34 R.C.S. 81.

³ [1944] O.R. 169.

scribed precautions ineffective or insufficient, the railway may be held to be negligent for failure to adopt other precautions to protect the public.

The circumstances in the present case are unusual. The respondent's freight train, consisting of 87 freight cars and 4 engines, passed, at a slow rate of speed, across the level crossing thereby blocking, for a considerable length of time, the route to school, along the highway, of a large number of children. The operation was conducted, as it had been conducted previously as an almost daily practice, at a time of day when, to the knowledge of the respondent's employees, a large number of children would be returning to school and would thereby be stopped, adjacent to the tracks. No steps of any kind were taken by the respondent to see that the children did not approach too close to the moving cars.

The trial judge referred to the allurement to children of the moving cars, and referred to the judgment of this Court in *Bouvier v. Fee*⁴. The reference to allurement was criticized in the Court of Appeal on the ground that the doctrine of allurement was relevant only in determining the status of a child as a trespasser or a licensee in a suit against an occupier of land, which the respondent in this case was not. With respect, I do not think that the trial judge's reference to allurement was made in that context. *Bouvier v. Fee* was not dealing with an occupier's liability. He regarded the allurement of the slowly moving freight cars to young children as being a factor affecting the scope of the duty of the respondent to the children who, it knew, would be present at the crossing when its freight train passed by.

niveau est exposé à un danger exceptionnel, ou s'il existe des circonstances exceptionnelles qui rendent inefficaces ou insuffisantes les précautions prescrites, la compagnie de chemin de fer peut être déclarée négligente si elle omet de prendre des mesures additionnelles pour la protection du public.

Les circonstances en l'espèce sont inusitées. Le train de marchandises de l'intimée, composé de 87 wagons et de 4 locomotives, traversait lentement le passage à niveau et bloquait ainsi, pour un temps considérable, la route principale qu'empruntaient de nombreux enfants pour se rendre à l'école. La manœuvre était effectuée, telle qu'elle l'avait été presque quotidiennement auparavant, à l'heure où, au su des employés de l'intimée, de nombreux enfants étaient en route pour l'école, forçant ainsi ces derniers à s'arrêter à proximité des voies ferrées. L'intimée ne prit aucune mesure pour s'assurer que les enfants ne s'approcheraient pas trop près des wagons en mouvement.

Le juge de première instance a parlé de l'attrait que des wagons en mouvement exercent sur les enfants et il s'est reporté à la décision de cette cour dans *Bouvier c. Fee*⁴. Cette mention de l'attrait a été critiquée par la Cour d'appel en raison du fait que la théorie de l'attrait n'est valable que pour déterminer le statut d'intrus (*trespasser*) ou de personne autorisée (*licensee*) d'un enfant dans une action contre un occupant foncier, ce qui n'était pas le cas de l'intimée en l'espèce. Avec respect, je ne crois pas que le juge de première instance avait ce contexte à l'esprit lorsqu'il a parlé de l'attrait. L'affaire *Bouvier c. Fee* ne portait pas sur la responsabilité d'un occupant. Le premier juge a plutôt considéré l'attrait des wagons en mouvement sur les jeunes enfants comme un facteur influant sur l'étendu de l'obligation de l'intimée à l'égard des enfants qui, à sa connaissance, se trouveraient au passage à niveau en même temps que son train de marchandises.

⁴ [1932] S.C.R. 118.

⁴ [1932] R.C.S. 118.

The trial judge found, in the special circumstances which I have outlined and which are fully set out in the reasons of my brother Dickson, those exceptional circumstances which required a duty of care on the part of the respondent, beyond the mere observance of its statutory and regulatory obligations. He also found a breach of such duty, constituting negligence. In my opinion, on the facts of this case, there was evidence sufficient to warrant those conclusions.

I would dispose of the appeal and the cross-appeal in the manner proposed by my brother Dickson.

The judgment of Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—This appeal raises the question of the liability of a railway company for an accident at a railway crossing under the doctrine of exceptional or special circumstances where admittedly there has been no breach of statutory duty on its part.

The facts are recited at length in the reasons of my brother Dickson, as well as in the judgment of the Court of Appeal⁵, so that it will be sufficient for me to mention here only the highlights thereof:

- (1) the injured infant was seven years of age and there is a finding by the trial judge that he was not old enough considering his apparent "below normal intelligence" to have been capable of contributory negligence;
- (2) the railway crossing is the only access to and from a community of some 350 people;
- (3) the accident took place when a lengthy freight train, in order to clear the main line, was switched onto a siding; the same type of operation was carried out practically on a daily basis around one o'clock in the afternoon, at a

⁵ (1973), 37 D.L.R. (3d) 706.

A la lumière des circonstances spéciales que j'ai énumérées et qui ont été relatées en détail par mon collègue le juge Dickson dans ses propres motifs, le juge de première instance a conclu que ces circonstances exceptionnelles imposaient à l'intimée une obligation de précautions allant au-delà de la simple observance de ses obligations statutaires et réglementaires. Il a également conclu à la négligence de l'intimée en raison de son manquement à cette obligation. A la lumière des faits en l'espèce, je suis d'avis que ces conclusions s'appuient sur une preuve suffisante.

Je suis d'avis de disposer de l'appel et de l'appel incident comme le propose mon collègue le juge Dickson.

Le jugement des juges Judson, Pigeon et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Le présent pourvoi soulève la question de la responsabilité d'une compagnie de chemin de fer, au regard d'un accident survenu à un passage à niveau, qui ne peut être retenue qu'en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles ou spéciales puisqu'il est reconnu que la compagnie n'a manqué à aucune obligation statutaire.

Les faits sont relatés en détail dans les motifs de jugement de mon collègue le juge Dickson ainsi que dans l'arrêt de la Cour d'appel⁵, de sorte qu'il suffit de ne relater ici que les faits saillants de la présente affaire:

- (1) le mineur blessé était âgé de sept ans et, de l'avis du juge de première instance, aucune négligence contributive ne peut lui être imputée vu son jeune âge et son quotient intellectuel manifestement au-dessous de la moyenne;
- (2) le passage à niveau traversait la seule route reliant un quartier où résidaient environ 350 personnes;
- (3) l'accident est survenu lorsqu'un long train de marchandises a été aiguillé sur une voie d'évitement afin de libérer la voie principale; une manœuvre semblable était effectuée presque quotidiennement vers 13 h 00, soit à l'heure

⁵ (1973), 37 D.L.R. (3d) 706.

time when some 100 children were going to school;

- (4) the injured child was standing close to the slowly moving train and in the words of the trial judge, was "touching it or attempting to touch it, and as a result (fell) underneath the wheels";
- (5) in the minutes which preceded the accident, young Paskivski had been warned twice, once by a retired section hand and a second time by a school girl;
- (6) Dr. Thompson, a psychiatrist, called by plaintiff, stated that a verbal warning would not be too effective on a child of six or seven years of age;
- (7) although the crossing had been in existence for a considerable number of years, no evidence of any other accident was adduced by plaintiff.

There is no suggestion in the judgment of the trial Court that the accident was due to the slipperiness or otherwise bad condition of the crossing. The decisions of the Privy Council in *Commissioner for Railways v. McDermott*⁶ and of our Court in *Mitchell et al. v. Canadian National Railway Co.*⁷ have therefore no application. Indeed, the statement of claim refers only to the fascination and allurements, created by the "clicking and clacking" of the wheels over the iron rails, attracting the child closer to the moving cars with the result that "he or his clothing came in contact with a moving box car of the said train and he was swept under the wheels of the same".

On these facts, the trial judge came to the conclusion that the railway company was negligent for its failure "to take any special precautions to meet the particular circumstances of this crossing". The Court of Appeal unanimously reversed the trial Court. In his learned and very carefully written reasons, Clement J. A. reviews the facts and the law and comes to the conclusion that this is not a case where the doctrine of exceptional or special circumstances should receive its applica-

où une centaine d'enfants était en route pour l'école;

- (4) l'enfant blessé se tenait debout près du train qui circulait lentement et, dans les termes employés par le juge de première instance, [TRADUCTION] «il touchait le train ou tentait de le toucher et, conséquemment, (tomba) sous les roues»;
- (5) quelques minutes avant l'accident, le jeune Paskivski avait été averti à deux occasions, la première fois par un cheminot à la retraite et la seconde fois par une écolière;
- (6) le Dr Thompson, un psychiatre cité par le demandeur, a déclaré qu'un avertissement verbal avait très peu d'effet sur un enfant de six ou sept ans;
- (7) bien que le passage à niveau ait existé depuis bon nombre d'années, aucune preuve d'un autre accident n'a été produite par le demandeur.

Le jugement de première instance ne laisse aucunement entendre que c'est le passage à niveau glissant ou son mauvais état qui a causé l'accident. Par conséquent, les décisions du Conseil privé dans *Commissioner for Railways v. McDermott*⁶ et de cette Cour dans *Mitchell et al. v. Canadian National Railway Co.*⁷ ne trouvent ici aucune application. De fait, la déclaration ne mentionne que la fascination et l'attrait exercés par le «clic-clac» des roues sur les rails de fer, attirant ainsi l'enfant plus près des wagons en mouvement, avec le résultat que [TRADUCTION] «lui ou ses vêtements sont entrés en contact avec un des wagons du train en question et il a été entraîné sous les roues».

A la lumière de ces faits, le juge de première instance a conclu que la compagnie de chemin de fer avait été négligente en omettant [TRADUCTION] «de prendre des précautions particulières en raison des circonstances spéciales à ce passage à niveau». La Cour d'appel a unanimement infirmé le jugement de première instance. Dans ses motifs savamment et soigneusement rédigés, le juge d'appel Clement examine les faits et le droit et conclut qu'il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer la

⁶ [1967] 1 A.C. 169.

⁷ [1975] 1 S.C.R. 592.

⁶ [1967] 1 A.C. 169.

⁷ [1975] 1 R.C.S. 592.

tion. With respect, I am in agreement with that conclusion.

Such a doctrine must be applied with great care. To the authorities quoted by Clement J. A. on this point, I would add *Manuge v. Dominion Atlantic Railway Co.*⁸ at p. 244.

Another note of caution that should be sounded is to be found in *Canadian Pacific Railway Co. v. Anderson*⁹, where Duff C. J. adopts the statement of Farwell L. J., in *Latham v. Johnson*¹⁰, at p. 408, that we must be careful

“not to allow our sympathy with the infant plaintiff to affect our judgment: sentiment is a dangerous will-of-the-wisp to take as a guide in the search for legal principles.”

The basic flaw in the judgment of the trial judge is that, on the facts as he found them and which I accept, he concluded that there existed an allure-ment which put on the shoulders of the railway company an added burden. On this point I cannot do any better than to refer to the reasons for judgment of Clement J.A., at p. 711. I am in full agreement with him that “a train in normal use cannot be considered to be a concealed danger or trap”.

The true question is to determine whether there was any duty on the railway company to have an employee on the railway crossing at all times to warn the children away from the slowly moving train. In my view, this duty does not exist and I adopt the following extract from the reasons of Duff C. J., in the *Anderson* case, *supra*, at p. 207:

It is well known that all boys experience the pressure of the invitation to climb on the back of a vehicle in order to get a ride. It has never been held, so far as I know, that a farmer driving hay to market must have somebody on top of the load to keep an eye on boys who may,

théorie des circonstances exceptionnelles ou spéciales. Avec respect, je suis d'accord avec cette conclusion.

Une telle théorie doit être appliquée avec beaucoup de prudence. Aux précédents cités par le juge d'appel Clement sur cette question, j'ajouterais *Manuge c. Dominion Atlantic Railway Co.*⁸, à la p. 244.

Un autre avertissement qui devrait être servi est celui que l'on retrouve dans *La Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique c. Anderson*⁹, où le juge en chef Duff se rallie aux propos du lord juge Farwell qui déclarait, dans l'affaire *Latham v. Johnson*¹⁰, à la p. 408, qu'il faut faire attention

[TRADUCTION] «pour ne pas laisser notre sympathie à l'égard de la demanderesse mineure influencer sur notre jugement: les sentiments sont un guide dangereux dans la recherche de principes juridiques.»

Le principal défaut du jugement rendu par le juge de première instance est qu'à la lumière de ses conclusions sur les faits, que j'accepte d'ailleurs, il a conclu à l'existence d'un attrait qui a placé sur les épaules de la compagnie de chemin de fer un fardeau additionnel. Sous ce rapport, je ne puis faire mieux que de me reporter aux motifs de jugement du juge d'appel Clement, à la p. 711. Je suis complètement d'accord avec lui lorsqu'il affirme que [TRADUCTION] «un train dont on fait un usage normal ne peut être considéré comme un danger caché ou un piège».

La véritable question est de savoir si la compagnie ferroviaire avait l'obligation de poster en tout temps, au passage à niveau, un employé chargé d'avertir les enfants de ne pas s'approcher du train en marche. A mon avis, cette obligation n'existe pas et je me rallie aux propos suivants formulés par le juge en chef Duff dans l'affaire *Anderson*, précitée, à la p. 207:

[TRADUCTION] C'est un fait notoire que tous les jeunes garçons éprouvent la tentation de monter sur l'arrière d'un véhicule pour faire une promenade. A ma connaissance, il n'a jamais été décidé qu'un fermier qui transporte son foin au marché a l'obligation de poster une

⁸ [1973] S.C.R. 232.

⁹ [1936] S.C.R. 200.

¹⁰ [1913] 1 K.B. 398.

⁸ [1973] R.C.S. 232.

⁹ [1936] R.C.S. 200.

¹⁰ [1913] 1 K.B. 398.

and almost certainly will, indulge their propensities by getting on the back of the vehicle.

Although these words were written in the context of an examination of the doctrine of allurements, I suggest that they are particularly relevant here. I might add that in the *Anderson* case, the majority refused to impose upon the railway company the obligation to hire special watchmen to warn children away after the train duly completed had been turned over to the hauling crew.

It should also be kept in mind that in the present instance, a third warning most probably would not have been heeded more than the first two. No employee of the railway could have done anything more than to give such an additional warning; he would have had no right to use physical force to prevent the child from doing what the trial judge finds was being done.

In the absence of any special duty on the railway company and in the absence of a defect in the crossing itself, I cannot but accept the reasons and the conclusion of the Court of Appeal. I would dismiss the appeal.

As to the cross-appeal "with respect to the matter of costs", I do not see any merit therein and I would adopt the reasons for judgment of McDermid J. A. There should be no order as to costs in this Court.

The judgment of Spence, Dickson and Beetz J.J. was delivered by

DICKSON J.—This is an appeal and cross-appeal from a judgment of the Alberta Supreme Court, Appellate Division, allowing an appeal by Canadian Pacific Limited from a judgment of Kirby J. wherein the appellants were awarded general damages of \$85,000 and special damages of \$4,837.10 in respect of injuries suffered by the infant appellant Nick Paskivski. I would allow the appeal and restore the judgment at trial for reasons which I shall give, but first a rather detailed statement of the facts, taken in large measure from the careful

personne au haut du chargement pour surveiller les jeunes garçons qui pourraient céder à leurs impulsions en montant à l'arrière du véhicule, ce qu'ils feront tout probablement.

Bien que ces mots aient été écrits dans le contexte d'une étude de la théorie de l'attrait, je crois qu'ils sont particulièrement à propos en l'espèce. J'ajouterais que dans l'affaire *Anderson*, la majorité a refusé d'imposer à la compagnie ferroviaire l'obligation d'embaucher des gardiens spéciaux pour éloigner les enfants du train après que celui-ci eut été assemblé et pris en charge par l'équipe de remorquage.

Nous devons également avoir à l'esprit qu'en l'espèce, un troisième avertissement n'aurait tout probablement eu guère plus d'effet que les deux premiers. Aucun employé de la compagnie ferroviaire n'aurait pu faire davantage que de donner pareil autre avertissement; il n'aurait pas eu le droit d'employer la force pour empêcher l'enfant de faire ce que le juge de première instance a conclu qu'il faisait.

En l'absence de toute obligation spéciale de la part de la compagnie de chemin de fer et en l'absence d'une défectuosité au passage à niveau lui-même, je ne peux faire autrement qu'accepter les motifs et la conclusion formulés par la Cour d'appel. Je rejeterais le pourvoi.

Quant au pourvoi incident «relatif à la question des dépens», je n'y vois aucun fondement et je me rallierais aux motifs de jugement du juge d'appel McDermid. Il ne devrait y avoir aucune adjudication de dépens en cette Cour.

Le jugement des juges Spence, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Il s'agit d'un pourvoi principal et d'un pourvoi incident interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta accueillant un appel interjeté par Canadian Pacific Limitée à l'encontre d'un jugement du jury Kirby qui a adjugé aux appelants la somme de \$85,000 pour dommages généraux et la somme de \$4,837.10 pour dommages spéciaux suite aux blessures subies par le mineur appelant Nick Paskivski. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance.

review contained in the judgment of the Appellate Division, is necessary and desirable.

The case arises out of an accident which occurred at a level crossing in Coleman, Alberta, when the infant appellant, then seven years of age, fell under the wheels of a slowly moving freight train engaged in switching operations, and suffered the loss of both of his legs below the knees. There was no breach of statutory duty on the part of Canadian Pacific; the claim, if it is to succeed, must be for breach of a common law duty, as such duty has been delimited by earlier decisions of this Court, to take all reasonable precautions to protect members of the public lawfully using the crossing.

The branch line of the Canadian Pacific runs through Coleman in an east-west direction. South of the line lies a residential district of some 350 people, including over 100 children of school age, known as East Coleman or Bushtown. The main part of the town, including schools, hospitals, theatres, churches and stores, lies to the north of the tracks. Travel between the two areas is channelled along a single roadway crossed by three lines of railway tracks: the most northerly, the main line with station adjacent; the middle, a passing track or siding; and the most southerly, a spur track. The crossing is a very busy one, used by both vehicles and pedestrians although there is no sidewalk to accommodate the latter. It is important to observe that school children living in Bushtown have to go over the crossing several times a day, going to and coming from classes.

The daily train traffic included freight trains which usually conducted switching operations on to the siding at about one o'clock in the afternoon for the purpose of clearing the main line at that time, but also thereby obstructing pedestrian and vehicular traffic wishing to use the crossing. The school children from Bushtown would normally be returning to school at this hour and a group would gather on the south side of the track until the train

Avant d'exprimer mes motifs, il me semble souhaitable et même nécessaire de relater les faits en détail en me fondant en grande partie sur le soigneux exposé contenu dans l'arrêt de la Division d'appel.

Le litige découle d'un accident survenu à un passage à niveau à Coleman (Alberta). Le mineur appellant, alors âgé de sept ans, tomba sous les roues d'un train de marchandises qui effectuait lentement des manœuvres d'aiguillage. L'enfant perdit les deux jambes qui furent amputées sous les genoux. Canadien Pacifique n'a manqué à aucune obligation statutaire; pour être accueillie, la réclamation doit être fondée sur un manquement à une obligation de droit commun délimitée par certaines décisions antérieures de cette Cour, soit en l'espèce l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables pour protéger le public qui utilise légitimement le passage.

La voie de service du Canadien Pacifique traverse la ville de Coleman d'est en ouest. Au sud de la voie ferrée s'étend un quartier résidentiel connu sous le nom de East Coleman ou Bushtown. Environ 350 personnes, dont plus de 100 enfants d'âge scolaire, habitent ce quartier. Le centre-ville, où sont situés les écoles, les hôpitaux, les cinémas, les églises et les magasins, se trouve au nord de la voie ferrée. Ces deux régions ne sont jointes que par une seule route que traversent trois voies ferrées: au nord, il y a la voie principale menant à la gare, au centre, une voie d'évitement et au sud, une voie d'embranchement. Le passage à niveau est très achalandé, étant utilisé à la fois par les automobilistes et les piétons, bien qu'il n'y ait aucun trottoir. Il est important de noter que les écoliers qui demeurent à Bushtown doivent traverser le passage plusieurs fois par jour, pour se rendre à l'école et en revenir.

La circulation ferroviaire quotidienne comprend les trains de marchandises qui effectuent ordinairement, vers 13:00 h., des manœuvres d'aiguillage sur la voie d'évitement afin de libérer la voie principale. Cependant, ces manœuvres obstruent le passage à niveau, empêchant ainsi les automobiles et les piétons de l'emprunter. Ordinairement, les écoliers de Bushtown retournent à l'école vers cette heure-là. Un groupe se forme alors sur le côté sud

had cleared the crossing. It was at this time and place that the accident in question occurred.

The freight train came from the east on the main line and consisted of some 87 cars and four engines. It had been ordered to take the siding. The train slowed to permit the tail-end trainman to throw the switch, then moved over the switch and on to the siding at a speed of between six and ten miles per hour but the engineer brought it to a stop before it had entirely cleared the crossing. About six cars were left to the east of the crossing. The trainman came up from the switch to the caboose and telephoned the engineer to move the train ahead. This was done and the train again stopped. When the train had first stopped, the conductor got off the train to go to the station. The south side of the crossing was not visible at this time to either the conductor or to the tail-end trainman, and the front-end crew were about a mile to the west. The infant appellant Nick Paskivski, to whom I will refer simply as the appellant, had attended Grade 1 in the previous year and during this period his mother always took him to school across the railway tracks. At the time of the accident the appellant was taking Grade 1 for the second time and the trial judge found he was probably below normal intelligence. In the second year of Grade 1 he was usually taken to school by his mother and sometimes by an elder brother but on the day of the accident the elder brother was ill and the mother stayed home to care for him; the father worked night shifts and was sleeping. The appellant therefore set out alone to return to school for his afternoon classes. As he neared the crossing, he saw the train approaching. By the time he reached the crossing the train was moving slowly across. The appellant was familiar with trains and particularly with the switching operation with which he had been confronted almost daily for the preceding year and one-half. He testified that he was not frightened of trains and his mother testified she had told him he was small and must be "aware" of trains. The appellant stopped quite close to the moving box cars, waiting for them to pass. The surface of the roadway was icy from packed snow and sloped very slightly

de la voie ferrée jusqu'à ce que le train ait libéré le passage. L'accident en question est survenu à ce moment et à cet endroit.

Le train de marchandises circulait en direction ouest sur la voie principale et se composait de 87 wagons et de 4 locomotives. L'ordre d'emprunter la voie d'évitement lui avait été donné. Le train a donc ralenti afin de permettre à un cheminot d'actionner l'aiguillage. Le train s'engagea alors sur la voie d'évitement à une vitesse variant entre six et dix milles à l'heure mais le mécanicien l'immobilisa avant qu'il n'ait complètement libéré le passage à niveau. Il restait environ six wagons sur le côté est de la voie. Le cheminot quitta l'aiguillage et se dirigea vers le wagon de queue pour téléphoner au mécanicien et lui demander de faire avancer le train. Ce dernier s'exécuta puis, de nouveau, immobilisa le train. Lors du premier arrêt, le chef de train était descendu pour se rendre à la gare. Ni le chef de train ni le cheminot du wagon de queue ne pouvaient alors voir le côté sud du passage à niveau, et l'équipe travaillant à l'avant du train était à environ 1 mille à l'ouest du passage. Pendant sa première année d'école primaire, le mineur appellant Nick Paskivski, ci-après appelé simplement l'appellant, avait toujours été accompagné de sa mère pour traverser les voies ferrées. A l'époque de l'accident, l'appellant recommençait sa première année, et le juge du procès en a conclu que son quotient intellectuel était sans doute au-dessous de la moyenne. Durant son année de reprise, il était ordinairement accompagné à l'école par sa mère ou, à l'occasion par son frère aîné, mais le jour de l'accident, le frère aîné était malade et la mère était restée à la maison pour le soigner; le père dormait car il travaillait de nuit. Par conséquent, l'appellant partit seul pour l'école afin d'assister à la classe de l'après-midi. Alors qu'il approchait du passage à niveau, il vit le train s'avancer. En arrivant au passage à niveau, le train passait lentement. L'appellant était familier avec les trains et plus particulièrement avec la manœuvre d'aiguillage qu'il avait vu s'effectuer presque quotidiennement au cours des derniers dix-huit mois. Il a témoigné que les trains ne l'effrayaient pas et sa mère a témoigné qu'elle lui avait dit qu'il était petit et qu'il devait se «méfier» des trains.

down to the track from a few feet south of the track.

Several other children waited with the appellant. A retired section hand who at the time was walking on the south side of the tracks told the appellant to move further back which he did, but shortly after returned to a position very close to the moving train. The appellant's actions thereafter were found by the trial judge on conflicting evidence to have involved touching the box cars as they passed. A girl who was present testified she had said to him "Don't" but he did not heed. The appellant slipped and his legs went under the wheels. His evidence was that the wind had blown his feet from under him. It was a cold and windy day. It would seem the accident happened just as the train was coming to its first stop. No one on the train crew knew of the occurrence until the train stopped the second time, clear of the crossing.

A long line of cases commencing with *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McKay*¹¹, (followed in, *inter alia*, *Anderson v. Canadian National Railways*¹²; *Canadian Pacific Railway v. Rutherford*¹³; *Alexander v. Toronto, Hamilton & Buffalo Railway Co. and Ricker*¹⁴; *Weiss v. Larson et al.*¹⁵) establishes that a railway company's duty of care to users of public crossings is limited to discharge of statutory obligations under the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2 (see ss. 196 to 207) and compliance with orders of the Canadian Transport Commission—unless there are special or exceptional circumstances, in which event a common law duty of care will require additional

L'appelant s'arrête très près des wagons couverts en mouvement, attendant qu'ils aient passé. La chaussée recouverte de neige tassée était glissante et elle descendait en pente très douce sur une distance de quelques pieds jusqu'à la voie ferrée.

Plusieurs autres enfants attendaient avec l'appelant. Un cheminot à la retraite qui, à ce moment, marchait sur le côté sud de la voie ferrée, dit à l'appelant de s'écarter davantage du train. L'appelant s'exécuta mais, quelques instants plus tard, il se rapprocha du train en mouvement. A la lumière de témoignages contradictoires, le juge du procès a conclu que l'appelant avait par la suite touché aux wagons couverts alors qu'ils défilaient devant lui. Une petite fille qui était sur les lieux a témoigné lui avoir dit [TRADUCTION] «Ne fait pas cela», mais il ne lui a prêté aucune attention. L'appelant a glissé et ses jambes ont été écrasées par les roues. Selon son témoignage, le vent lui a fait perdre l'équilibre. C'était une journée froide et de grand vent. Il semblerait que l'accident soit survenu au moment même où le train s'est immobilisé pour la première fois. Aucun membre de l'équipe du train n'a eu connaissance de l'accident avant que le train ne s'immobilise pour la deuxième fois après avoir libéré le passage à niveau.

De nombreux précédents dont la *Compagnie du chemin de fer du Grand-Tronc du Canada c. McKay*¹¹, (suivi, entre autres, dans les causes *Anderson v. Canadian National Railways*¹²; *Le Chemin de fer canadien du Pacifique c. Rutherford*¹³; *Alexander c. Toronto Hamilton & Buffalo Railway Co. et Ricker*¹⁴; *Weiss v. Larson et al.*¹⁵) ont établi que l'obligation d'une compagnie de chemin de fer d'user de précautions à l'égard des usagers des passages à niveau publics est restreinte à l'exécution des obligations statutaires prévues à la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2 (voir les art. 196 à 207), et au respect des ordonnances rendues par la Commission canadienne des transports—sauf s'il existe des circonstances spéciales ou exceptionnelles. En ce cas une

¹¹ (1903), 34 S.C.R. 81.

¹² [1944] O.R. 169.

¹³ [1945] S.C.R. 609.

¹⁴ [1954] S.C.R. 707.

¹⁵ (1965), 55 D.L.R. (2d) 330.

¹¹ (1903), 34 R.C.S. 81.

¹² [1944] O.R. 169.

¹³ [1945] R.C.S. 609.

¹⁴ [1954] R.C.S. 707.

¹⁵ (1965), 55 D.L.R. (2d) 330.

precautions or safeguards.

Kirby J. found "special circumstances" sufficient to take the case out of what might be referred to as the *McKay* principle. He said:

The circumstances here are that we have a railway crossing by a road which is the only access to and from a community of some 350 people. Access to schools, churches, stores, service stations, all of the facilities offered by the Town of Coleman and the only access.

Then we have the special circumstances that it is the only access available to children, some 100 children going and coming to and from school every morning, every afternoon during the school week. It seems to me that those circumstances impose a special duty on the railway company to reduce to a minimum the danger inherent in a moving train.

The evidence is that the railway failed to take any special precautions. The only precaution was the usual routine railway crossing and the removal of ice from between the tracks at the crossing. There were no other special precautions taken of any kind by the railway company to meet those special circumstances. But there was an added burden in this case on the railway company in so far as the children were concerned by the reason of the allurements which a piece of machinery in motion has for children.

Kirby J. then considered the argument that the action of the appellant in touching the cars was a trespass and concluded, rightly in my opinion, that such action was not a trespass either to the land of Canadian Pacific nor to the train. To characterize the appellant as a trespasser would be, to adopt the phrase of Tritschler J.A. in *Lengyel v. Manitoba Power Commission*¹⁶, both "unrealistic and fictitious". As to the issue of contributory negligence on the part of the appellant, Kirby J. concluded:

It seems to me that the standard of care expected to be expected [*sic*] from a boy 7 years of age in Grade I, a boy who from my observation in the manner to which he

obligation de *common law* prescrit d'autres précautions ou mesures de sécurité.

Le juge Kirby a conclu à l'existence de «circonstances spéciales» qui suffisent à soustraire la présente cause à ce que l'on pourrait appeler le principe *McKay*. Il a dit:

[TRADUCTION] Dans les circonstances, il s'agit d'un passage à niveau traversant une route qui est la seule voie qui relie un quartier d'environ 350 personnes au reste de la ville de Coleman où sont situés les écoles, les églises, les magasins, les stations-services et tous les autres services.

Ensuite, il y a les circonstances spéciales, c'est-à-dire le fait que cette route est la seule que peuvent emprunter une centaine d'enfants pour se rendre à l'école tous les matins et pour en revenir tous les après-midi de la semaine scolaire. Il me semble que ces circonstances imposent à la compagnie de chemin de fer une obligation spéciale de réduire le danger que présente un train en mouvement.

La preuve démontre que la compagnie de chemin de fer n'a pris aucune précaution particulière. La présence du passage à niveau et l'enlèvement de la glace entre les rails sont les seules précautions qui ont été prises. La compagnie de chemin de fer n'a pris aucune précaution particulière en raison des circonstances spéciales que constituent les enfants attirés par les machines en mouvement.

Puis le juge Kirby a étudié l'argument voulant que l'appelant ait commis un *trespass* lorsqu'il a touché aux wagons. Le juge a conclu, à bon droit selon moi, que ce geste ne constituait pas un *trespass* à l'égard du terrain du Canadien Pacifique ni à l'égard du train. Qualifier l'appelant d'intrus (*trespasser*) serait, pour reprendre l'expression du juge d'appel Tritschler dans *Lengyel v. Manitoba Power Commission*¹⁶, à la fois [TRADUCTION] «irréaliste et faux». Relativement à la question de négligence contributive de la part de l'appelant, le juge Kirby en est venu à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Il me semble que ce qu'on peut attendre d'un enfant âgé de 7 ans qui fait sa première année d'école et dont le quotient intellectuel, d'après l'avis de

¹⁶ (1957), 23 W.W.R. 497.

¹⁶ (1957), 23 W.W.R. 497.

gave his evidence, and as his counsel has suggested, is probably below normal intelligence, the standard of care required from such a child is certainly not the same as that that would be imposed on an adult, nor is it the same standard of care that would be expected of a boy even 10 or 12 years of age or a brighter boy in a higher grade in school. Because of the allurements which a moving train has for children, and had for the infant plaintiff in this instance, I am unable to find any negligence on the part of Nicky with respect to this accident.

On the matter of parental responsibility, Canadian Pacific had issued a third party notice claiming indemnification and contribution from the parents and on this issue Kirby J. concluded:

I don't find any negligence whatever on the part of the parents. I think they acted as any normal parent would do. I don't think the parents of a 7-year-old child would anticipate or could be expected to anticipate what did happen on this particular occasion, and so I certainly do not find any negligence on their part.

The unanimous judgment of the Alberta Supreme Court, Appellate Division, was delivered by Clement J.A. He held that the doctrine of allurement had no application as the function of the doctrine is, in an appropriate case, to give a child who is in reality a trespasser the status of a licensee. I agree. We are not here concerned with occupier's liability nor with trespassers. The roadway was not railway property for the exclusive use of the railway company. It was public property which the railway company could use in common with all members of the public, including the appellant. The appellant, as a pedestrian, had an undoubted right to be where he was at the time and place of the accident.

Clement J.A., after a review of the authorities, concluded that the use by the children of the crossing was not an exceptional or special circumstance sufficient to take the case out of *McKay* and that the appeal should be allowed and the action dismissed; he thus did not find it necessary to deal with quantum of damages nor with the issues of contributory negligence of the appellant or responsibility on the part of his parents.

son avocat et mes observations sur le banc, est vraisemblablement au-dessous de la moyenne, ce qu'on peut attendre dis-je d'un tel enfant est certes différent de ce qu'on attend d'un adulte, d'un enfant âgé de 10 ou 12 ans ou d'un enfant plus intelligent dont le niveau scolaire est plus élevé. A cause de l'attrait qu'un train en mouvement exerce sur les enfants, ce qui s'est produit en l'espèce, je ne peux conclure à une quelconque négligence de la part de Nicky relativement à l'accident en question.

En ce qui concerne la responsabilité parentale, Canadian Pacific a fait signifier un avis de mise en cause par lequel elle réclame des parents indemnité et contribution. Sur ce point, le juge Kirby a conclu comme suit:

[TRADUCTION] Je ne constate aucune négligence de la part des parents. Je crois qu'ils ont agi comme des parents normaux. Je ne crois pas que les parents d'un enfant de 7 ans auraient pu ou auraient dû prévoir les événements qui se sont produits, et je ne peux certes pas conclure à une négligence de leur part.

La décision unanime de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta a été rendue par le juge d'appel Clement. Il a conclu que la théorie de l'attrait était inapplicable en l'espèce car cette théorie, lorsqu'elle est régulièrement appliquée, a pour effet d'accorder à un enfant, qui est en fait un intrus, le statut d'une personne autorisée (*licensee*). Je suis d'accord avec cette conclusion. Nous n'avons pas à nous préoccuper ici de responsabilité d'occupant, ni d'intrus. Le chemin n'est pas un bien de la compagnie de chemin de fer réservé à son usage exclusif. C'est un bien du domaine public qui peut être utilisé autant par la compagnie de chemin de fer que par la population, y compris l'appellant. Ce dernier, en tant que piéton, avait un droit incontestable d'être là où il était au moment où s'est produit l'accident.

Après une étude de la jurisprudence, le juge d'appel Clement a conclu que l'usage du passage à niveau par les enfants ne constitue pas une circonstance spéciale ou exceptionnelle suffisante pour soustraire la présente affaire au principe *McKay*, et que l'appel devait être accueilli et l'action rejetée; par conséquent, il a jugé inutile de traiter du quantum des dommages-intérêts ainsi que des questions de négligence contributive de l'appellant ou de responsabilité parentale.

As I have reached a different conclusion, it becomes necessary for me to consider these subsidiary issues. I would not alter the quantum of damages. The appellant can no longer run or jump or swim or climb stairs. He underwent extensive surgery and hospitalization. His mental capacity probably fits him for little other than the work of an unskilled labourer yet his physical disability will make it difficult if not impossible for him to do work of this nature. I would also reject the submission concerning contributory negligence on the part of the appellant, who was the same age as the infant plaintiff in the case of *Bouvier v. Fee*¹⁷, against whom an allegation of having been contributorily negligent was rejected by this Court. Anglin C.J.C. said, p. 119:

As to contributory negligence or common fault, it is, in our opinion, almost out of the question to raise such an issue as a ground of appeal in the case of a child under eight years of age, i.e., barely above the age under which all responsibility must be denied. Eminently an issue for determination by a trial judge, an appeal from his finding upon it is almost hopeless.

See also *McEllistrum v. Etches*¹⁸. Nor, in my opinion, can the claim for indemnity or contribution advanced by Canadian Pacific against the parents prevail. Parents cannot, in the ordinary course of things, give their children constant supervision. There may be practical difficulties. That is apparent from the facts of this very case, distinguishing this case from a case such as *Phipps v. Rochester Corp.*¹⁹ At the time of the accident the mother was tending a sick child and the father was asleep. The railway company knew, far better than the parents, when a train would be passing or likely to pass over the crossing. The railway company knew that at one o'clock in the afternoon school children would be at that crossing. The railway company which created the danger in the community was in the best position, with the least inconvenience, to protect the children exposed to that danger. Parents are expected to take reasonable steps to protect their children but the obliga-

Puisque j'ai conclu différemment, je me dois d'examiner ces questions incidentes. Je ne suis pas d'avis de modifier le quantum des dommages-intérêts. L'appelant ne peut plus courir, sauter, nager, ni monter des escaliers. Il a subi de graves opérations et fait un séjour prolongé à l'hôpital. Ses capacités intellectuelles le limiteront probablement à un travail de manœuvre, bien que son incapacité physique lui rende ce genre de travail difficile sinon impossible. Je suis également d'avis de rejeter la prétention que l'appelant aurait commis une négligence contributive. Il avait le même âge que le demandeur mineur dans l'affaire *Bouvier c. Fee*¹⁷, contre qui une allégation de négligence contributive avait été portée mais que cette Cour a rejetée. Le juge en chef Anglin a dit, à la p. 119:

[TRADUCTION] Quant à la négligence contributive ou faute commune, nous sommes d'avis qu'on peut difficilement soulever un tel point comme moyen d'appel lorsqu'il s'agit d'un enfant qui n'a même pas huit ans c.-à-d. à peine à l'âge où aucune responsabilité ne peut être retenue. C'est essentiellement une question que le juge de première instance doit trancher, un appel de sa conclusion sous ce rapport étant presque sans espoir.

Voir également *McEllistrum c. Etches*¹⁸. Je suis aussi d'avis de rejeter la réclamation pour indemnité ou contribution déposée par Canadian Pacific contre les parents. Dans le cours ordinaire des choses, les parents ne peuvent surveiller constamment leurs enfants. Certaines difficultés d'ordre pratique peuvent les en empêcher. Cela est clairement illustré par les faits de la présente cause qui la distinguent d'ailleurs de l'affaire *Phipps v. Rochester Corp.*¹⁹ Au moment de l'accident, la mère était au chevet d'un enfant malade et le père dormait. La compagnie de chemin de fer savait, beaucoup mieux que les parents, l'heure à laquelle un train emprunterait le passage à niveau ou était susceptible de passer. La compagnie de chemin de fer savait que des écoliers seraient au passage à niveau vers 13 h 00. La compagnie de chemin de fer, qui a exposé le public au danger, était la mieux placée pour protéger les enfants de ce danger tout en subissant le moins d'inconvénients possibles.

¹⁷ [1932] S.C.R. 118.

¹⁸ [1956] S.C.R. 787.

¹⁹ [1955] 1 Q.B. 450.

¹⁷ [1932] R.C.S. 118.

¹⁸ [1956] R.C.S. 787.

¹⁹ [1955] 1 Q.B. 450.

tion is not that of an insurer and those who carry on dangerous activities have a duty to use reasonable means to protect others from the dangers attendant upon or incident to such activities.

I turn now to the principal issue, namely, whether special circumstances existed requiring Canadian Pacific to take additional precautions commensurate with the foreseeable risk of harm. The answer to such a question will depend, of course, on the facts of the particular case. In *The Lake Erie and Detroit River Railway Company v. Barclay*²⁰, the railway was found guilty of negligence when the plaintiff was killed when driving home across a level crossing. Sedgewick J., for the majority, had this to say at pp. 363-4:

There was some evidence to show that owing to piles of lumber on the company's lands at the point in question, his vision of the train was necessarily obstructed, and there was also evidence to show that the train was not sufficiently manned. There was, as the jury have found, no watchman at the crossing. The jury found that the appellants' negligence consisted in their failure to have a man on the crossing at the moment of the accident. The learned counsel for the appellants endeavoured at the argument to make it appear that the only question raised in this case was as to whether it is to be left to a jury to determine if a railway company can be compelled to place a watchman upon level highway crossings to warn persons about to cross the line and rail. I do not consider that any such broad question is raised here at all. The respondent's counsel do not make any such contention. It was, I think, properly left to the jury to determine whether or not in this particular case where, late on a dark night, at the terminus of a railway, shunting was being carried on, and that of an excessively dangerous character (the process being that of a running or flying switch), at a place in a town thickly populated, and over a much frequented avenue or highway, there being no engine connected with the train colliding with the carriage, and none of the usual signals such as the blowing of whistles or the ringing of bells to give warning to passers by, it was not necessary, at that particular time and under those particular circumstances, to take

²⁰ (1900), 30 S.C.R. 360.

Les parents se doivent de prendre des mesures raisonnables pour protéger leurs enfants mais cette obligation n'est pas celle d'un assureur et ceux qui se livrent à des activités dangereuses ont le devoir de prendre des mesures raisonnables pour protéger le public des dangers inhérents ou incidents à de telles activités.

J'en viens maintenant à la principale question en litige, à savoir si, en raison de l'existence de circonstances spéciales, Canadien Pacifique aurait dû prendre des précautions supplémentaires proportionnelles au risque de danger prévisible. Naturellement, la réponse à une telle question dépend des faits en l'espèce. Dans *The Lake Erie and Detroit River Railway Company c. Barclay*²⁰ la compagnie de chemin de fer a été trouvée coupable de négligence lorsque l'époux de la demanderesse fut tué à un passage à niveau alors qu'il revenait chez lui. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Sedgewick a dit, aux pp. 363-4:

[TRADUCTION] La preuve démontre que du bois empilés sur le terrain de la compagnie à l'endroit en question lui a forcément obstrué la vue du train, et l'équipe du train était insuffisante. Comme a conclu le jury, il n'y avait aucun gardien au passage à niveau. Le jury a conclu que l'appelante avait été négligente en ne postant personne au passage à niveau lors de l'accident. Les distingués avocats de l'appelante ont cherché à démontrer que la seule question soulevée en l'espèce était de savoir si on peut laisser à un jury le soin de décider si une compagnie ferroviaire peut être contrainte de poster des gardiens aux passages à niveau pour avertir les gens qui vont traverser la voie ferrée. Je ne pense pas qu'une question aussi large se pose en l'espèce. L'avocat de l'intimée n'a exposé aucune prétention semblable. Je crois qu'il convenait de laisser au jury le soin de décider dans le cas présent où, par une nuit très noire, on faisait à la gare, des manœuvres de triage extrêmement dangereuses (un aiguillage à haute vitesse), dans un quartier très peuplé de la ville et sur une voie qui croisait une rue ou route très achalandée, sans qu'aucune locomotive n'ait été rattachée au train qui est entré en collision avec la voiture et sans qu'aucun des signaux habituels n'ait été donné tels qu'un coup de sifflet ou un tintement de cloche pour avertir les passants du danger, s'il était nécessaire ou non, à ce moment précis et dans ces circonstances, de prendre de plus amples précautions que celles qui ont effectivement été prises et d'être

²⁰ (1900), 30 R.C.S. 360.

greater precautions than they really did take, and to be much more careful than in ordinary cases where these conditions did not exist.

The decision of the Ontario Court of Appeal in *Anderson v. Canadian National Railways*, *supra*, is frequently mentioned in cases of this nature. Robertson C.J.O. in that case said at p. 177:

The result of the decisions seems to be that, under ordinary circumstances, the railway is permitted to carry on its usual operations in the normal way, at a highway level crossing, without other precautions and warnings than are prescribed by The Railway Act or by the Board, but if the operations are carried on in such a way, or are of such a character, that the public using the crossing is exposed to exceptional danger, as in the *Barclay* case, or if there are exceptional circumstances, as in the *Montreal Trust Co.* case, that render ineffective or insufficient the precautions and warnings generally prescribed, then, in such cases, it may be left to a jury to say whether or not the railway has been negligent in failing to adopt other measures for the protection of those who may use the crossing.

In the case of *Commissioner for Railways v. McDermott*²¹, the Privy Council had occasion to consider the legal position of a railway running express trains through a level crossing, lawfully and necessarily used by the local inhabitants. Lord Gardiner L.C., delivering the judgment of their Lordships, referred to such an "inherently dangerous activity" and in the course of the judgment adopted the following statement of the Lord President in *Smith v. London Midland & Scottish R. Co.*²²:

"I deduce from the decision in *Cliff v. Midland Railway*, ((1870) L.R. 5 Q.B. 258), and from (what is probably more significant for us) a whole series of Scottish decisions, beginning with *Grant v. Caledonian Railway Co.*, ((1870) 9 Macph. 258), and going on to *Hendrie*, (1909 S.C. 776), that the railway company has a duty at every level crossing where members of the public have a right to be, and where there is reason to

beaucoup plus prudent que dans les cas ordinaires où ces conditions n'existent pas.

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Anderson v. Canadian National Railways*, précité, est souvent mentionné dans des causes comme celle-ci. Dans cette affaire-là, le juge en chef Robertson s'est exprimé ainsi, à la p. 177:

[TRADUCTION] Le résultat de ces décisions semble être que, dans des circonstances ordinaires, la compagnie de chemin de fer est autorisée à faire ses opérations habituelles de la façon normale, à un passage à niveau, sans prendre d'autres précautions ou donner d'autres avertissements que ceux qui sont prescrits par la Loi sur les chemins de fer ou par la Commission, mais que si les opérations sont effectuées de telle façon ou sont de nature telle que le public utilisant le passage est exposé à un danger exceptionnel, comme dans l'affaire *Barclay*, ou encore s'il existe des circonstances exceptionnelles, comme dans l'affaire *Montreal Trust Co.*, qui rendent inefficaces ou insuffisants les précautions et les avertissements généralement prescrits, en pareils cas, on peut laisser au jury le soin de dire si la compagnie de chemin de fer a été négligente en omettant de prendre des mesures additionnelles pour la protection de ceux qui peuvent utiliser le passage.

L'affaire *Commissioner for Railways v. McDermott*²¹, a donné au Conseil privé l'occasion d'examiner la situation juridique d'une compagnie de chemin de fer dont les trains express empruntaient un passage à niveau que le public utilisait légitimement et de toute nécessité. Le lord chancelier Gardiner, qui a rendu le jugement du Conseil privé, a employé l'expression [TRADUCTION] «activité essentiellement dangereuse», et plus loin dans le jugement il a adopté l'énoncé suivant du lord Président dans l'affaire *Smith v. London Midland & Scottish R. Co.*²²:

[TRADUCTION] «À la lumière de la décision rendue dans *Cliff v. Midland Railway*, ((1870) L.R. 5 Q.B. 258) et d'une série de décisions (sans doute beaucoup plus importantes pour nous) rendues par les tribunaux écossais, à partir de l'affaire *Grant v. Caledonian Railway Co.*, ((1870) 9 Macph. 258) jusqu'à l'affaire *Hendrie*, (1909 S.C. 776), je conclus qu'une compagnie de chemin de fer a l'obligation de prendre, à tous les

²¹ [1967] 1 A.C. 169.

²² 1948 S.C. 125.

²¹ [1967] 1 A.C. 169.

²² 1948 S.C. 125.

expect them to be, to take all reasonable precautions in train operations (and perhaps in other respects) to reduce the danger to a minimum, the nature of the precautions which are required and the question whether the duty has been fulfilled depending upon the circumstances of each case . . .”

The railway was not unaware of the potential danger. On some occasions, according to the evidence of Lori Lee Churla, people were there to chase away children who were standing too close to the train. Her evidence on this point was as follows:

Q. Did the men from the C.P.R. train see you there?

A. I don't know.

Q. Did they ever have people there to chase you away?

A. Yes.

Q. They would sometimes chase you away?

A. Yes.

Q. And the reason they would chase you away because you would be standing too close to the train, did you ever get chased for being too close, be chased away?

A. Once or twice.

The evidence of Mrs. Kropinak who, with her husband, operated the general store in Bushtown was:

Q. Do the train crew ever put out flag men to keep the children from the train?

A. Well there have been train men, they would I suppose keep the children away if they thought they were too close, but there have been men there.

Q. There have been men there?

A. Yes.

Clement J.A. advanced two reasons for differing with the trial judge on the presence of special circumstances. The first:

In such a case as is before us, I would think that gates would be inadequate, and the only safeguard that could

passages à niveau que le public peut utiliser, toutes les précautions raisonnables au regard des opérations ferroviaires (et peut-être sous d'autres rapports) afin de minimiser le danger. Les circonstances propres à chaque cause régissent le genre de précautions à prendre ainsi que la question de savoir si l'obligation a effectivement été remplie . . .»

La compagnie ferroviaire n'ignorait pas l'existence d'un danger possible. Selon le témoignage de Lori Lee Churla, des gens étaient occasionnellement postés à cet endroit pour chasser les enfants qui s'approchaient trop près du train. Voici son témoignage à ce sujet:

[TRADUCTION] Q. Est-ce que les hommes à bord du train du Canadien Pacifique vous ont vus à cet endroit?

R. Je ne sais pas.

Q. Est-ce que des gens ont déjà été postés à cet endroit pour vous en chasser?

R. Oui.

Q. Et ces gens vous chassaient à l'occasion?

R. Oui.

Q. Ils vous chassaient parce que vous vous approchiez trop du train, et toi as-tu déjà été chassée parce que tu t'étais trop approchée du train?

R. Une ou deux fois.

Voici le témoignage de M^{me} Kropinak qui, avec son époux, gérât le magasin général de Bushtown:

[TRADUCTION] Q. Est-ce que des signaleurs ont déjà été postés à cet endroit pour éloigner les enfants?

R. Il y a eu des cheminots qui, je suppose, éloigneraient les enfants s'ils s'approchaient trop du train, mais des hommes ont déjà été postés à cet endroit.

Q. Des hommes ont déjà été postés à cet endroit?

R. Oui.

Le juge d'appel Clement a exprimé deux raisons pour lesquelles il a différé d'opinion avec le juge de première instance relativement à l'existence de circonstances spéciales. Voici la première:

[TRADUCTION] Dans une affaire comme celle-ci, je crois que des barrières seraient insuffisantes et il me

be regarded as having some degree of effectiveness would be to have an employee assigned to that crossing whose duty would be to take a stand at the appropriate times and on the appropriate side of the crossing, and act, not only as a flagman, but in effect as a guardian. Further, the efficacy of such a safeguard would be dependent upon its permanency, and if it were provided only on an intermittent basis children would be called on to exercise a higher degree of perceptiveness of danger than if it were not taken at all. Permanent precautions and their nature and scope are for the decision of the Canadian Transport Commission, not the Court.

For my part, I have some difficulty in relating the possible efficacy of particular precautionary measures to the presence or absence of special circumstances. I make no comment on whether or not a gate would have been adequate. There is simply no evidence on the record from which one could determine whether a gate would have given needed protection to the children and I do not think we have to decide this point. In *Canadian Pacific Railway Co. v. Anderson*²³, the railway company had assigned an employee to the task, among others, of keeping children away from the passing cars. In the present case it would not seem to have been a difficult task to perform at the most four times a day during school term, neither so burdensome nor so expensive as to be unreasonable in the light of the risk. With respect, I do not agree that the provision of a safeguard on an intermittent basis would require the children to exercise a higher degree of perceptiveness of danger than if no safeguard were provided. There is no evidence to support this conclusion and, within a highway traffic context, it has never been suggested, so far as I am aware, that the provision of school patrols, ensuring the safety of children crossing roads going to and from school, increased the risk of danger to the children.

The second reason advanced by Clement J.A. was expressed in these terms:

In the second place, there is no evidence to warrant a finding that the children, even the youngest, who were accustomed to use the crossing to the knowledge of the train crews, were not capable of forming an appreciation

²³ [1936] S.C.R. 200.

semble que la seule précaution valable serait qu'un employé soit posté au passage à niveau, aux heures appropriées et du bon côté, afin d'agir non seulement comme signaleur mais aussi comme gardien. De plus, une telle précaution ne serait efficace que dans la mesure où elle serait permanente, et si elle n'était prise qu'occasionnellement, elle tendrait à rendre les enfants moins conscients du danger que si elle n'était pas prise du tout. La permanence des précautions ainsi que leur nature et leur étendue sont des matières qui relèvent de la Commission canadienne des transports et non des tribunaux.

Quant à moi, j'éprouve certaines difficultés à relier l'efficacité possible de précautions particulières à la présence ou à l'absence de circonstances spéciales. Je n'ai aucun commentaire à formuler quant à savoir si une barrière aurait suffi ou non. Il n'y a tout simplement aucune preuve au dossier qui permette de décider si une barrière aurait accordé aux enfants la protection nécessaire et je ne crois pas que nous ayons à trancher cette question. Dans *Compagnie de chemin de fer canadien du Pacifique c. Anderson*²³, la compagnie de chemin de fer avait désigné un employé pour effectuer certaines tâches dont celle d'éloigner les enfants des wagons en mouvement. En l'espèce, il ne semble pas qu'il aurait été difficile d'exécuter une tâche semblable au plus quatre fois par jour, durant l'année scolaire, ni qu'elle aurait été onéreuse ou coûteuse au point d'être déraisonnable en regard du danger. Avec respect, je ne partage pas l'opinion qu'une précaution prise sur une base intermittente tende à rendre les enfants moins conscients du danger que si aucune précaution n'était prise. Aucune preuve ne vient appuyer cette conclusion et, dans un contexte de circulation routière, on n'a jamais laissé entendre à ma connaissance que la présence de brigadiers scolaires, dont la tâche consiste à assurer la sécurité des écoliers qui doivent traverser les rues, augmente le risque de danger pour les enfants.

La seconde raison énoncée par le juge d'appel Clement a été formulée en ces termes:

[TRADUCTION] En deuxième lieu, aucune preuve n'étaye la conclusion que les enfants, même les plus jeunes, qui avaient l'habitude d'utiliser le passage à niveau au vu et au su des équipes des trains, étaient

²³ [1936] R.C.S. 200.

of such danger as the situation presented. It is not sufficient that there may be a possibility that such a lack of comprehension exists; there must be some foundation for its probability: *Canadian National Railway Company v. MacEachern*, [1947] S.C.R. 64 at 78. Here, the same situation had existed for many years, but no evidence was given of any accident, and this tends to fortify the view that the children generally were sufficiently aware. The danger to be comprehended was that in standing too close to the moving boxcars, some mischance might cause the child to slip or fall across the rails. In the absence of special knowledge of the capabilities of a child, the test is objective as to whether a child in that age category is able to appreciate the perils to which his actions may expose him. The evidence does not show that Nick was in fact any less able in this respect than any of the other children: rather, he yielded to an irresponsible impulse, the restraint of which would require a safeguard directed to himself personally, not as a member of a particular segment of the public. I do not think that the exceptional and special circumstances here under consideration go beyond factors which could affect any member of the public, or of the segment of the public concerned, and reach into an examination of the individual.

The point taken would seem to relate more directly to the question of contributory negligence or perhaps foreseeability than to the presence or absence of special circumstances; in any event uncontradicted evidence touching upon the capacity of young children to appreciate the potential danger of passing boxcars was given by Dr. Thompson, a psychiatrist:

- Q. Now then at what age would you expect a child, say a normal child might learn without experience by verbal warnings to appreciate the danger of a slow moving train?
- A. Well, I think it would be difficult up until the age of eight or nine to appreciate the danger of a slow moving train.
- Q. And what is the effect of a verbal warning on a child of six or seven years of age?
- A. I don't think it would be too effective unless this, unless it has seen an experience of something, someone being harmed by a train or—
- Q. —what would be the likely situation if a child became very used to the sight of a slow-moving train at a fairly close distance?

incapables d'apprécier le danger qui se présentait. Il ne suffit pas qu'il y ait possibilité d'une telle incompréhension; sa probabilité doit être établie: *La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. MacEachern* [1947] R.C.S. 64, à la p. 78. Ici, la même situation existait depuis plusieurs années mais aucune preuve d'un accident n'a été fournie et ceci tend à confirmer l'opinion qu'en général, les enfants étaient suffisamment conscients du danger. Le danger à percevoir était qu'en se tenant trop près des wagons couverts en mouvement, un enfant pouvait accidentellement glisser ou tomber en travers des rails. En l'absence de connaissances précises sur la capacité d'un enfant, le critère objectif consiste à déterminer si un enfant de cet âge est en mesure d'apprécier le danger auquel il s'expose lui-même. La preuve ne démontre pas que Nick était effectivement moins apte sous ce rapport que les autres enfants: il a plutôt succombé à une impulsion irréfléchie dont la maîtrise n'aurait pu être assurée que par des précautions prises contre lui en tant qu'individu et non en tant que membre d'un groupe. Je ne crois pas que les circonstances exceptionnelles ou spéciales considérées en l'espèce soient différentes de celles qui intéressent l'ensemble du public ou du groupe visé, et réclament l'étude du comportement individuel.

Ce point semble se rapporter à la négligence contributive ou peut-être à la prévisibilité plutôt qu'à la présence ou à l'absence de circonstances spéciales; quoi qu'il en soit, il y a le témoignage non contredit du Dr. Thompson, un psychiatre, sur la capacité des jeunes enfants à évaluer le danger possible que représentent des wagons couverts en mouvement:

- [TRADUCTION] Q. Maintenant, à quel âge un enfant, disons un enfant normal, est-il en mesure d'évaluer, sans avertissement verbal, le danger que représente un train circulant lentement sur une voie ferrée?
- R. Bien, je crois qu'il serait difficile d'évaluer, avant l'âge de huit ou neuf ans, le danger que représente un train circulant lentement sur une voie ferrée.
- Q. Et quel est l'effet d'un avertissement verbal chez un enfant âgé de six ou sept ans?
- R. Je crois que l'effet serait presque nul, à moins, à moins que l'enfant ait vu quelque chose, quelqu'un se faire blesser par un train ou—
- Q. —et en toute vraisemblance, que se passera-t-il quand un enfant est habitué à voir de très près un train circulant lentement sur une voie ferrée?

A. Well I think it would give it a sort of a false sense of security and be more familiar with it and less fearful of it.

Nick Paskivski, the appellant:

Q. Nicky, were you frightened of trains?

A. No.

Lori Lee Churla, a child, a witness for the railway company:

Q. But you weren't afraid of this train that went by this track?

A. No.

Q. And it came by lots of times when you were going to school?

A. Yes.

John Chomick, retired section hand, a witness for the railway company:

Q. Lots of days the children are gathered at the crossing, aren't they?

A. Well every day.

Q. Almost every day?

A. Yes.

Q. And you know that the children, lots of times stand too close to the train too?

A. Well so, stay, well you see some stay far away and some, you know, how, the kids, close.

Q. You know—

A. —lots of times some smart kids stay away and some come right close and train goes close and they're not scared of that, you see.

Samuel Clarence Ferguson, tail-end trainman:

Q. And you know that little tiny kids don't have the respect for a slow-moving train that they should, don't you?

A. Well you don't have to go to little kids to do that.

Q. You get into some big kids too.

A. Yes.

The evidence above quoted tends to the conclusion that the segment of the public with which we are

R. Bien, je crois que cela contribuera à lui donner une fausse impression de sécurité car étant familier avec le train il en aura moins peur.

Nick Paskivski, l'appelant:

[TRADUCTION] Q. Nicky, est-ce que tu craignais les trains?

R. Non.

Lori Lee Churla, une enfant, témoin cité par la compagnie ferroviaire:

[TRADUCTION] Q. Mais tu ne craignais pas ce train qui circulait sur cette voie ferrée?

R. Non.

Q. Et il passait plusieurs fois lorsque tu te rendais à l'école?

R. Oui.

John Chomick, un cheminot à la retraite, témoin cité par la compagnie ferroviaire:

[TRADUCTION] Q. Les enfants se rassemblent souvent au passage à niveau, n'est-ce pas?

R. Bien, tous les jours.

Q. Presque à tous les jours.

R. Oui.

Q. Et vous savez également que les enfants s'approchent souvent trop près du train?

R. Bien, il y en a qui se tiennent assez loin alors que d'autres, vous savez, les enfants, se tiennent trop près.

Q. Vous savez—

R. —souvent quelques enfants sages se tiennent loin alors que d'autres s'approchent et le train passe très près d'eux mais cela ne les effraie pas, vous voyez.

Samuel Clarence Ferguson, cheminot occupant le wagon de queue:

[TRADUCTION] Q. Et vous savez que les petits enfants n'exercent pas toute la prudence nécessaire face à un train qui circule lentement?

R. Bien, il n'y a pas que les petits enfants qui commettent des imprudences.

Q. Les enfants plus âgés en commettent aussi?

R. Oui.

Les témoignages cités ci-dessus viennent appuyer la conclusion que le groupe qui nous intéresse en

here concerned, school children of tender years, were incapable of understanding and comprehending the hazards to which they were exposed by the slowly moving train. It is true, as the learned appellate judge states, there was no evidence of any other accident. The record is neutral. There is no evidence of either accident or absence of accident in preceding years.

The *McKay* case was decided over seventy years ago, when Canada was, to quote Sedgewick J. in that case, "a young and only partially developed territory". Davies J. in the same case expressed concern that railway development not be impeded. The past seventy years have wrought many changes within Canada and today one might perhaps be inclined to question the relevance and validity of a rule of law which limits the common law duty of care of a railway to the special case or the exceptional case, particularly if those words are to receive a strict or narrow construction. It may well be that the interests of a young and undeveloped nation are best served by a minimum of impediment to industrial growth and economic expansion but in a more developed and populous nation this attitude of *laissez faire* may have to yield to accommodate the legitimate concern of society for other vital interests such as the safety and welfare of children. But if the test to be met is that of exceptional or special circumstances, it appears to me it was open to the trial judge to find upon all of the evidence that the appellant had met that test.

In this case in my opinion the trial judge could find the cumulative effect of the following circumstances to be "special circumstances" calling for extra precautions on the part of Canadian Pacific: (i) The crossing was a much used public crossing, not a private or little used crossing; (ii) It provided the only means of access from the predominantly residential part of the community to the rest of the community; (iii) The crossing was used at regular

l'espèce, soit les jeunes écoliers, étaient incapables de saisir et de comprendre les dangers auxquels les exposait ce train en mouvement. Comme le souligne le savant juge d'appel, il est vrai qu'il n'y a eu aucune preuve d'un autre accident. Le dossier n'en parle pas. Il n'y a aucune preuve d'accident ou d'absence d'accident dans le passé.

La décision dans l'affaire *McKay* a été rendue il y a plus de soixante-dix ans, soit à l'époque où le Canada n'était, pour employer les mots du juge Sedgewick dans cette affaire-là, [TRADUCTION] «qu'un territoire jeune et partiellement développé». Dans cette même affaire, le juge Davies s'est préoccupé du fait que l'extension du réseau ferroviaire ne devait pas être gênée. Le Canada a beaucoup changé au cours des derniers soixante-dix ans et l'on pourrait être enclin aujourd'hui à mettre en doute la pertinence et la validité de la règle de droit qui restreint aux situations spéciales ou exceptionnelles l'obligation de prendre des précautions que le droit commun impose à une compagnie ferroviaire, surtout si ces mots doivent être interprétés rigoureusement ou restrictivement. Il se peut que les intérêts d'une jeune nation en voie de développement soient mieux servis en réduisant les obstacles à la croissance industrielle et à l'expansion économique, mais au sein d'une nation plus développée et peuplée, ce laisser-aller doit céder le pas à l'intérêt légitime qu'entretient la société à l'égard d'autres préoccupations fondamentales telles que la sécurité et le bien-être des enfants. Mais si le critère à satisfaire est celui des circonstances spéciales ou exceptionnelles, il me semble que le juge de première instance était libre de conclure, à la lumière de toute la preuve, que l'appelant y avait satisfait.

En l'espèce, je suis d'avis que le juge de première instance était en mesure de conclure que l'effet cumulatif des circonstances suivantes constituait des «circonstances spéciales» exigeant du Canadien Pacifique certaines précautions supplémentaires: (i) Le passage à niveau était un passage public fréquemment utilisé et non un passage à niveau privé et peu utilisé; (ii) le passage à niveau représentait pour la partie résidentielle de la ville

times daily, in pursuance of a legal right, by children getting to and from school; (iv) The hour at which the train manoeuvre took place was the hour at which, to the knowledge of the railway, children would be returning to school; (v) There was not, to the knowledge of the railway, either a barrier or a flagman present; (vi) The road was icy and the day was cold and windy, compounding the danger; (vii) The train, a mile or more in length, passing within easy access in a seemingly endless procession of cars, would test the patience of children and afford them ample opportunity to indulge their natural propensity for play or mischief. A slowly moving train can be tempting and attractive to a child: see *Gough v. National Coal Board*²⁴. Yet the railway company took no precautions whatever to minimize the danger. This is not a case, in my opinion, in which it can simply be said that the railway company did nothing abnormal and that the entire fault should be attributed to the parents for allowing a seven-year old child to go to school across a railway track without supervision. In my view the railway company, because of the exceptional circumstances, owed the appellant a duty of care, which it failed to discharge, to protect him against the foreseeable risk of injury as a result of slipping beneath the moving railroad cars. In the recent case in this Court of *Mitchell et al. v. Canadian National Railway Co.*²⁵, a nine-year old boy recovered damages for the loss of a leg when he tripped on a shrub or bush, protruding above the surface of an icy embankment on the railway company's right-of-way and slid down the embankment into the path of a passing freight train.

l'unique lien avec le reste de la ville; (iii) Le passage à niveau était légitimement utilisé quotidiennement et à des heures régulières par les enfants qui se rendaient à l'école ou qui en revenaient; (iv) L'heure à laquelle le train effectuait ses manœuvres était, au su de la compagnie ferroviaire, celle à laquelle les enfants retournaient à l'école; (v) Il n'y avait à cet endroit, au su de la compagnie ferroviaire, ni barrière ni signaleur; (vi) La route était recouverte de glace et la journée était froide et venteuse, ajoutant ainsi au danger; (vii) Le train long d'environ un mille dont la facilité d'accès n'avait d'égal que son interminable défilé de wagons, éprouverait la patience des enfants et leur fournirait une belle occasion de donner libre cours à leur propension naturelle au jeu ou aux espiègleries. Un train qui circule lentement est tentant pour les enfants et exerce beaucoup d'attrait sur eux: voir *Gough v. National Coal Board*²⁴. Malgré cela, la compagnie ferroviaire n'a pris aucune précaution pour minimiser le danger. A mon avis, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où l'on peut tout simplement dire que la compagnie ferroviaire n'a rien fait d'anormal et que toute la faute doit être imputée aux parents parce qu'ils ont permis à un enfant de sept ans de se rendre à l'école en traversant une voie ferrée sans surveillance. A mon avis, en raison des circonstances exceptionnelles, la compagnie ferroviaire avait à l'égard de l'appelant une obligation dont elle ne s'est pas acquittée, soit l'obligation de le protéger de tout risque prévisible de blessures s'il glissait sous les roues des wagons en mouvement. Dans une cause récemment entendue par cette Cour, soit *Mitchell et al. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*²⁵, des dommages-intérêts ont été accordés à un garçon de neuf ans pour la perte d'une jambe subie lorsqu'il a trébuché sur un arbuste ou arbrisseau dépassant d'un talus verglacé sur l'emprise du chemin de fer et glissé en bas du talus pour être heurté par un train de marchandises en marche.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Alberta Supreme Court, Appellate Division, and restore the judgment at trial with costs in all

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta et de rétablir le jugement de première

²⁴ [1953] 2 A11 E.R. 1283.

²⁵ [1975] 1 S.C.R. 592.

²⁴ [1953] 2 All E.R. 1283.

²⁵ [1975] 1 R.C.S. 592.

Courts and I would dismiss the cross-appeal with costs.

Appeal allowed and judgment at trial restored with costs, JUDSON, PIGEON and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Rice, MacLean, Babki & Evans, Lethbridge.

Solicitor for the defendant, respondent, Canadian Pacific Ltd.: D. B. Hodges, Calgary.

instance avec dépens dans toutes les Cours, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi accueilli et jugement de première instance rétabli avec dépens, les JUGES JUDSON, PIGEON et DE GRANDPRÉ étant dissidents.

Procureurs des demandeurs, appelants: Rice MacLean, Babki & Evans, Lethbridge.

Procureur de la demanderesse, intimée: Canadien Pacifique Ltée: D. B. Hodges, Calgary.

The Minister of Finance *Appellant*;

and

Kicking Horse Forest Products Ltd.
Respondent.

1974: December 3; 1975: May 5.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Dickson and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Taxation—Logging tax—Agreement fixing compensation for surrender of rights to cut timber—Agreement executed under threat of expropriation—Tax assessed on difference between amount of compensation received and price paid for acquisition of cutting rights—Whether liability to pay tax—Logging Tax Act, R.S.B.C. 1960, c. 225, s. 2(b), as re-enacted by 1969, c. 35, s. 16(1)(b).

In 1959 the respondent company acquired, from the then owner, the right to cut timber on certain timber berths situated in Glacier National Park and in Mount Revelstoke National Park, which had been granted by the Crown in the right of Canada. The company paid the amount of \$643,000 to acquire these rights. In 1962 the company was informed by the government department which administered national parks that no further cutting of timber would be permitted in national parks and that an equitable settlement should be made. Negotiations took place between the company and the Crown but no agreement was reached.

Following a suggestion by the company in 1967 that it intended to exercise its cutting rights, an Order in Council of December 20, 1968, was enacted to enable the Crown to expropriate those rights. The rights were, in fact, expropriated on June 7, 1970, although an agreement upon a cash settlement of \$2,107,125 had been reached in January 1969 and a written agreement was executed, dated October 31, 1969.

The appellant Minister assessed tax on the difference between the amount of the compensation received by the company and the price which it had paid for the acquisition of the cutting rights. This claim for payment of tax was based on s. 3(1) (which imposes a tax of 15 per cent upon income derived from logging operations in British Columbia in each taxation year) and s. 2(b) (which provides that "income derived from logging operations" by a person in any taxation year means: where standing timber in the Province, or the right to cut standing

Le Ministre des Finances *Appelant*;

et

Kicking Horse Forest Products Ltd. *Intimée.*

1974: le 3 décembre; 1975: le 5 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Dickson et de Grandpré.

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

Taxation—Impôt sur les opérations forestières—Accord prévoyant le paiement d'une indemnité en retour d'une cession des droits de coupe—Accord signé sous la menace de l'expropriation—Impôt prélevé sur la différence entre le montant de l'indemnité reçue et le prix payé pour acquérir les droits de coupe—La compagnie est-elle tenue de payer cet impôt?—Logging Tax Act, R.S.B.C. 1960, c. 225, art. 2b), modifié par 1969, c. 35, art. 16(1)b).

En 1959, la compagnie intimée a acquis du propriétaire d'alors un droit de coupe sur certaines concessions forestières situées dans le Parc national Glacier et le Parc national du mont Revelstoke, droit que lui a accordé le gouvernement du Canada. La compagnie a déboursé la somme de \$643,000 pour acquérir ce droit. En 1962, la compagnie a été avisée par le ministère chargé d'administrer les parcs nationaux qu'aucune coupe de bois ne sera dorénavant permise dans les parcs nationaux et qu'un arrangement équitable devra être négocié. La compagnie et le gouvernement ont eu des pourparlers sans toutefois parvenir à un accord.

Après que la compagnie eut manifesté l'intention d'exercer ses droits de coupe, un décret du conseil en date du 20 décembre 1968 a autorisé le gouvernement à les exproprier. L'expropriation a effectivement eu lieu le 7 juin 1970, quoique après que les parties se fussent entendues, en janvier 1969, sur une indemnité de \$2,107,125 et qu'un accord en date du 31 octobre 1969 ait été signé.

Le ministre appelant a prélevé un impôt sur la différence entre le montant de l'indemnité reçu par la compagnie et le prix que cette dernière avait payé pour acquérir les droits de coupe. Cette cotisation est fondée sur le par. (1) de l'art. 3 (qui prévoit le prélèvement d'un impôt de 15 pour cent sur tout revenu provenant d'opérations forestières effectuées en Colombie-Britannique au cours d'une année fiscale) et l'al. b) de l'art. 2 (qui prévoit que le «revenu provenant d'opérations forestières» effectuées par une personne au cours d'une année

timber in the Province, is sold by the person in any manner . . . the net profit from the acquisition of the standing timber or the right to cut the standing timber, and the sale of the timber or the right to cut the standing timber) of the *Logging Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 225, as amended. The judgment at trial, holding that the company was not liable for such payment, was sustained by a majority decision of the Court of Appeal for British Columbia.

Held: The appeal should be dismissed.

The agreement fixing the compensation was executed after the enactment of the Order in Council and clearly the company executed it under threat of expropriation. The agreement did not provide for a sale and transfer of the company's cutting rights. It required the company, in a form satisfactory to the Minister of Justice, to surrender, yield up, quit claim and release to the Crown all its rights under any licence, lease or agreement to license or lease in respect of the various timber berths. The Crown did not call for the execution of any such form of surrender, but, instead, elected to expropriate the company's rights.

In the light of these circumstances the company did not sell the right to cut timber to the Crown within the meaning of s. 2(b) of the Act. What did occur was a determination of the amount of compensation to be paid by the Crown to the company for depriving it of its cutting rights.

APPEAL from a judgment of the Court of appeal for British Columbia¹, dismissing an appeal from a judgment of Ruttan J. Appeal dismissed.

H. L. Henderson and *L. R. Fast*, for the appellant.

P. N. Thorsteinsson and *I. H. Pitfield*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The question in issue in this appeal is as to whether the respondent, hereinafter referred to as “the Company”, is liable to pay logging tax, in the amount of \$316,068.75, and statutory interest, in the amount of \$25,910.07,

¹ [1974] 5 W.W.R. 242, 49 D.L.R. (3d) 149.

fiscale signifie: lorsque du bois sur pied dans la Province ou le droit de couper du bois sur pied dans la Province est vendu par une personne de quelque façon que ce soit . . . le profit net provenant de l'acquisition de bois sur pied ou du droit de couper du bois sur pied, et le profit net provenant de la vente du bois sur pied ou du droit de couper du bois sur pied) du *Logging Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 225, tel que modifié. Le jugement de première instance selon lequel la compagnie n'est pas tenue d'effectuer ce paiement a été confirmé par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

L'accord fixant l'indemnité a été conclu après la promulgation du décret du conseil et il est clair que la compagnie a signé cette convention sous la menace de l'expropriation. Cet accord ne prévoit pas la vente et la cession des droits de coupe de la compagnie. Il exige que la compagnie, dans un acte au gré du sous-ministre de la Justice, cède, restitue et abandonne au gouvernement tous les droits qu'elle détient en vertu d'un permis, d'un bail ou d'un accord prévoyant un tel permis ou bail à l'égard de diverses concessions forestières. Le gouvernement n'a pas cherché à faire signer à la compagnie un acte de cession semblable mais a plutôt choisi d'exproprier les droits de cette dernière.

Dans les circonstances, la compagnie n'a pas vendu au gouvernement son droit de coupe au sens de l'al. b) de l'art. 2 de la Loi. Les parties se sont seulement entendues sur le montant que le gouvernement doit payer à la compagnie en guise d'indemnité relativement à l'expropriation des droits de coupe de cette dernière.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Ruttan. Pourvoi rejeté.

H. L. Henderson et *L. R. Fast*, pour l'appelant.

P. N. Thorsteinsson et *I. H. Pitfield*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—La question en litige est de savoir si l'intimée, ci-après appelée «la Compagnie», est tenue de payer un impôt sur les opérations forestières au montant de \$316,068.75 avec intérêts de \$25,910.07, soit un total de \$341,-

¹ [1974] 5 W.W.R. 242, 49 D.L.R. (3d) 149.

totalling \$341,978.82, under the provisions of s. 3 of the *Logging Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 225, as amended, hereinafter referred to as "the Act". The judgment at trial, holding that the Company was not liable for such payment, was sustained by a majority decision of the Court of Appeal for British Columbia.

In 1959 the Company acquired, from the then owner, the right to cut timber on certain timber berths situated in Glacier National Park and in Mount Revelstoke National Park, which had been granted by the Crown in the right of Canada, hereinafter referred to as "the Crown". The Company paid the amount of \$643,000 to acquire these rights. In 1962 the Company was informed by the government department which administered national parks that no further cutting of timber would be permitted in national parks and that an equitable settlement should be made.

During the following years negotiations took place between the Company and the Crown, which included the suggestion of trading for other timber, and also the suggestion of payment to the Company of a fair compensation, but no agreement was reached. In July 1967, the Company, with a view to forcing the issue, advised that it intended to commence logging and it requested road access privileges. This move did precipitate extensive discussions.

On December 20, 1968, an Order in Council was enacted authorizing the expropriation of all the right, title and interest, other than that of Her Majesty The Queen in right of Canada, and the right of way of the Canadian Pacific Railway Company, in the timber berths in Glacier National Park, and all the right, title and interest, other than that of Her Majesty The Queen in right of Canada, in the timber berths in Mount Revelstoke National Park.

Following this, agreement upon a cash settlement of \$2,107,125 was reached, at a meeting held in Ottawa in January 1969. A written agreement was executed, dated October 31, 1969, under the terms of which it was provided:

2. The licensee will, in a form or forms satisfactory to the Deputy Minister of Justice, surrender, yield up, quit

978.82, en vertu des dispositions de l'art. 3 du *Logging Tax Act*, R.S.B.C. 1960, c. 225 et modifications, ci-après appelé «la Loi». Le jugement de première instance selon lequel la Compagnie n'est pas tenue d'effectuer ce paiement a été confirmé par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

En 1959, la Compagnie a acquis du propriétaire d'alors un droit de coupe sur certaines concessions forestières situées dans le Parc national Glacier et le Parc national du mont Revelstoke, droit que lui a accordé le gouvernement du Canada, ci-après appelé «le gouvernement». La Compagnie a déboursé la somme de \$643,000 pour acquérir ce droit. En 1962, la Compagnie a été avisée par le ministère chargé d'administrer les parcs nationaux qu'aucune coupe de bois ne sera dorénavant permise dans les parcs nationaux et qu'un arrangement équitable devra être négocié.

Par la suite, la Compagnie et le gouvernement ont eu des pourparlers, discuté d'échange de droits de coupe et de paiement d'une indemnité équitable à la Compagnie, sans toutefois parvenir à un accord. En juillet 1967, dans le but de presser l'affaire, la Compagnie a annoncé son intention de commencer des opérations forestières et elle a demandé des droits de passage sur les routes, ce qui a accéléré les négociations.

Le 20 décembre 1968, un décret du conseil autorisait l'expropriation de tout droit, titre et intérêt, autres que ceux de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et ceux de la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique, sur les concessions forestières situées dans le Parc national Glacier, et de tout droit, titre et intérêt, autres que ceux de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, sur les concessions forestières situées dans le Parc national du mont Revelstoke.

Par la suite, lors d'une réunion tenue à Ottawa en janvier 1969, on a abouti à un règlement en espèces au montant de \$2,107,125. Un accord, intervenu le 31 octobre 1969, prévoit entre autres:

[TRADUCTION] 2. Dans un ou plusieurs actes au gré du sous-ministre de la Justice, le détenteur s'engage à

claim and release or cause to be surrendered, yielded up, quit claimed and released to Canada all rights that may have existed or are now existing under any license, lease or agreement for such license or lease whenever issued or purported to be issued by Canada in respect of or in connection with or appurtenant to the land and the Timber Berths and of which the timber berth licenses attached hereto and marked Appendices 7, 8, 9, 10, 11 and 12 are renewals

No form of surrender, pursuant to art. 2, was submitted to the Company for execution. Instead, a notice of expropriation was issued in the following form:

NOTICE OF EXPROPRIATION

TAKE NOTICE that all right, title and interest, other than that of Her Majesty the Queen in right of Canada and the right of way of the Canadian Pacific Railway Company, in the lands shown outlined in red on the attached plan and described in the attached description shall by the deposit thereof of record in the Office of the Registrar of the Nelson Land Registration District at Nelson in the Province of British Columbia, in which registration district the lands are situate, thereupon become and remain vested in Her Majesty the Queen in right of Canada, Her Heirs and Successors by virtue of the *Expropriation Act*, R.S.C. 1952, Chapter 106.

DATED at Ottawa the 7th day of June, A.D., 1970.

«H. B. McKinnon»

Deputy Minister of Indian Affairs
and Northern Development.

This notice, and a copy of the agreement, were filed by the Crown in the office of the Registrar of the Nelson Land Registration District.

The evidence established that the Company considered that, as a practical matter, expropriation occurred in 1962. As of that date, its property rights in the timber berths were ineffective. The Company did not wish to divest itself of its interest in the lands. It was actively involved in the business of cutting timber, not of trading rights. The only reason the rights were surrendered to the Crown was the inevitability of expropriation.

The appellant, hereinafter referred to as «the Minister», assessed tax on the difference between the amount of the compensation received by the Company and the price which it had paid for the acquisition of the cutting rights. This claim for the

céder, restituer et abandonner ou à faire céder, restituer et abandonner au profit du Canada tous ses droits passés et présents qu'il détient en vertu d'un permis, d'un bail ou d'un accord prévoyant un tel permis ou bail que le Canada lui a émis ou est censé lui avoir émis à l'égard du terrain et des concessions forestières et dont les permis de coupe de bois ci-joints que l'on retrouve aux appendices 7, 8, 9, 10, 11 et 12 sont des renouvellements

Aucun acte de cession prévu à la cl. 2 n'a été présenté pour signature à la Compagnie. On lui a plutôt signifié l'avis d'expropriation suivant:

[TRADUCTION] AVIS D'EXPROPRIATION

Sachez que tout droit, titre et intérêt, autres que ceux de Sa Majesté la Reine du chef du Canada et ceux de la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique, sur les terrains délimités en rouge sur le plan ci-joint et décrits en annexe, seront dévolus à Sa Majesté la Reine du chef du Canada, ses héritiers et successeurs, en vertu de la *Loi sur l'expropriation*, S.R.C. 1952, c. 106, dès l'enregistrement du présent avis au Bureau d'enregistrement des biens-fonds du district Nelson, en la ville de Nelson (Colombie-Britannique), dans lequel district d'enregistrement lesdits terrains sont situés.

Ottawa, le 7^e jour de juin 1970

«H. B. McKinnon»

Sous-ministre des Affaires indiennes
et du Nord

Cet avis ainsi qu'une copie de l'accord ont été déposés par le gouvernement au Bureau d'enregistrement des biens-fonds du district Nelson.

La preuve démontre que la Compagnie a considéré avoir en réalité été expropriée en 1962. A compter de cette date, son droit de propriété sur les concessions forestières s'est éteint. La Compagnie ne désirait pas renoncer à son droit sur les terrains. C'est l'exploitation forestière et non la vente des droits qui l'intéressait. Seul l'argument péremptoire de l'expropriation l'a poussée à céder ses droits au gouvernement.

L'appelant, ci-après appelé «le Ministre», a prélevé un impôt sur la différence entre le montant de l'indemnité reçue par la Compagnie et le prix que cette dernière avait payé pour acquérir les droits de coupe. Cette cotisation est fondée sur le par. (1)

payment of tax was based upon s. 3(1) and s. 2(b) of the Act.

Section 3(1) imposes a tax of 15 per cent upon income derived from logging operations in British Columbia in each taxation year.

Section 2(b) provides that "income derived from logging operations" by a person in any taxation year means:

(b) where standing timber in the Province, or the right to cut standing timber in the Province, is sold by the person in any manner, including on a stumpage or royalty basis, the net profit from the acquisition of the standing timber or the right to cut the standing timber, and the sale of the timber or the right to cut the standing timber.

Payment of the tax was refused by the Company on the ground that the arrangement which had been made between the Company and the Crown did not constitute a sale of the right to cut standing timber and so was not within the terms of s. 2(b).

The judgment at trial held that mutual assent was an essential element of a sale, and that in this case there was no real consent by the Company to the transfer of its cutting rights. The following passage summarizes the position:

There was never any real doubt from as early as 1962 that the Government would prohibit the use of the cutting rights. Had the parties not agreed on the amount of compensation payable here, there would have been an arbitration pursuant to the expropriation. That arbitration would have been directed only to the amount of compensation payable, the transfer of title would not have been in dispute. The appellant here had no option with respect to the transfer, and the bargaining was only with respect to the amount.

The majority of the Court of Appeal supported the position of the Company, but on other grounds. It was held that the agreement between the Company and the Crown was for a surrender or release by the Company of the rights which had been granted by the Crown and that this did not constitute a sale of the rights.

de l'art. 3 et sur l'al. b) de l'art. 2 de la Loi.

Le paragraphe (1) de l'art. 3 prévoit le prélèvement d'un impôt de 15 pour cent sur tout revenu provenant d'opérations forestières effectuées en Colombie-Britannique au cours d'une année fiscale.

L'alinéa b) de l'art. 2 définit l'expression [TRANSLATION] «revenu provenant d'opérations forestières» effectuées par une personne au cours d'une année fiscale:

[TRANSLATION] b) lorsque du bois sur pied dans la Province ou le droit de couper du bois sur pied dans la Province est vendu par une personne de quelque façon que ce soit, y compris par redevance, le profit net provenant de l'acquisition de bois sur pied ou du droit de couper du bois sur pied, et le profit net provenant de la vente du bois sur pied ou du droit de couper du bois sur pied.

La Compagnie a refusé de payer l'impôt pour le motif que l'entente conclue entre elle et le gouvernement ne constitue pas une vente du droit de couper du bois sur pied et n'est donc pas visée par l'al. b) de l'art. 2.

Le juge de première instance a décidé que le consentement des parties était un élément essentiel de la vente et qu'en l'espèce la Compagnie n'avait pas vraiment consenti à céder ses droits de coupe. Le passage suivant illustre cette position:

[TRANSLATION] Dès 1962, on n'a vraiment jamais douté de l'intention du gouvernement d'interdire l'exercice des droits de coupe. Si les parties ne s'étaient pas entendues sur le montant de l'indemnité à payer, elles auraient eu recours à l'arbitrage après l'expropriation. Ces procédures n'auraient tranché que le montant de l'indemnité à payer car la cession du titre n'aurait pas été en litige. L'appelante en l'espèce n'avait pas le choix quant à la cession, et les négociations n'ont porté que sur le montant.

La majorité de la Cour d'appel a tranché en faveur de la Compagnie, mais en se fondant sur d'autres motifs. Elle décida que l'accord entre la Compagnie et le gouvernement ne portait que sur la cession ou l'abandon par la Compagnie des droits que le gouvernement lui avait accordés et que cet acte ne pouvait constituer une vente de droits.

In my opinion, on the facts of this case, it cannot be said that the right to cut timber had been sold by the Company to the Crown within the meaning of s. 2(b) of the Act. As the name of the statute indicates, it is concerned with logging operations. It taxes income derived from logging operations. The paragraphs in s. 2, other than para. (b), deal with profits derived from the sale of logs. Paragraph (b) deals, not with the sale of logs, but with the sale of standing timber, or of the right to cut standing timber, but, in its context, contemplates a sale of rights which would enable the purchaser to conduct logging operations.

The decision of the Crown to put an end to logging operations in national parks made a sale of the right to cut timber to someone who contemplated logging operations an impossibility. Anyone who contemplated the exercise of such rights would be faced with expropriation proceedings. That is exactly what happened here. Following the Company's suggestion that it proposed to exercise its rights, the Order in Council of December 20, 1968, was enacted to enable the Crown to expropriate those rights. The rights were, in fact, expropriated on June 7, 1970, although after agreement had been reached as to the compensation to be paid.

The agreement fixing the compensation was executed after the enactment of the Order in Council and clearly, on the evidence, the Company executed it under threat of expropriation. The agreement did not provide for a sale and transfer of the Company's cutting rights. It required the Company, in a form satisfactory to the Minister of Justice, to surrender, yield up, quit claim and release to the Crown all its rights under any licence, lease, or agreement to license or lease in respect of the various timber berths. As previously mentioned, the Crown did not call for the execution of any such form of surrender, but, instead, elected to expropriate the Company's rights.

In my opinion, in the light of these circumstances, the Company did not sell the right to cut timber to the Crown within the meaning of s. 2(b) of the Act. What did occur was a determination of

A la lumière des faits de la présente cause, je ne puis dire que le droit de coupe a été vendu au gouvernement par la Compagnie au sens de l'al. b) de l'art. 2 de la Loi. Comme son titre l'indique, cette loi a trait aux opérations forestières. Elle prévoit le prélèvement d'un impôt sur le revenu provenant de telles opérations. Les alinéas de l'art. 2, autres que l'al. b), traitent des profits tirés de la vente de billes. L'alinéa b) traite, non pas de la vente de billes, mais plutôt de la vente de bois sur pied ou du droit de couper du bois sur pied, tout en prévoyant également dans son contexte la vente de droits qui permettraient à l'acheteur de procéder à des opérations forestières.

La décision du gouvernement de mettre fin aux opérations forestières dans les parcs nationaux a rendu impossible la vente d'un droit de coupe à une personne intéressée aux opérations forestières. Toute personne intéressée à l'exercice de droits semblables subirait l'expropriation. Et c'est exactement ce qui s'est produit. Après que la Compagnie eut manifesté l'intention d'exercer ses droits, un décret du conseil en date du 20 décembre 1968 a autorisé le gouvernement à les exproprier. L'expropriation a effectivement eu lieu le 7 juin 1970, quoique après que les parties se fussent entendues sur l'indemnité à payer.

L'accord fixant l'indemnité a été conclu après la promulgation du décret du conseil et il est clair d'après la preuve que la compagnie a signé cette convention sous la menace de l'expropriation. Cet accord ne prévoit pas la vente et la cession des droits de coupe de la Compagnie. Il exige que la Compagnie, dans un acte au gré du sous-ministre de la Justice, cède, restitue et abandonne au gouvernement tous les droits qu'elle détient en vertu d'un permis, d'un bail ou d'un accord prévoyant un tel permis ou bail à l'égard de diverses concessions forestières. Tel que mentionné ci-dessus, le gouvernement n'a pas cherché à faire signer à la Compagnie un acte de cession semblable mais a plutôt choisi d'exproprier les droits de cette dernière.

Dans les circonstances, je suis d'avis que la Compagnie n'a pas vendu au gouvernement son droit de coupe au sens de l'al. b) de l'art. 2 de la Loi. Les parties se sont seulement entendues sur le

the amount of compensation to be paid by the Crown to the Company for depriving it of its cutting rights.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Harman & Co., Victoria.

Solicitors for the respondent: Thorsteinsson, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson, Vancouver.

montant que le gouvernement doit payer à la Compagnie en guise d'indemnité relativement à l'expropriation des droits de coupe de cette dernière.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Harman & Co., Victoria.

Procureurs de l'intimée: Thorsteinsson, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson, Vancouver.

McGavin Toastmaster Limited (*Defendant*)
Appellant;

and

Bernice Letitia Ainscough et al. (*Plaintiffs*)
Respondents.

1974: November 26; 1975: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Labour relations—Collective agreement—Illegal strike—Plant closed by management—Whether employer-employee relationship terminated—Whether employer bound by severance pay provisions of collective agreement.

Employees of the appellant company, including the respondents, went on strike on March 1, 1971, and were still on strike on March 5, 1971, when the company closed its plant pursuant to a decision of its board of directors taken the previous day that the plant, which was shut down by reason of the strike, would not be re-opened. The strike was illegal because, *inter alia*, it occurred during the subsistence of a collective agreement (*Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26, s. 23). The union, party to the collective agreement, and the employees who were members thereof, were deeply concerned about loss of jobs owing to layoffs over the previous two years and owing to a decision by the company to move a certain operation to another plant in another province.

The respondents claimed severance pay as provided for under the terms of the collective agreement and, following the appellant's refusal to recognize their entitlement thereto (on the ground that they were not discharged but themselves left the employment of the company), took action to recover such pay. The trial judge gave judgment in favour of the respondents and this judgment was upheld by the Court of Appeal for British Columbia, Robertson J. A. dissenting. With leave, the company appealed to this Court.

Held (Ritchie, Spence, Pigeon and de Grandpré JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

McGavin Toastmaster Limited
(*Défenderesse*) *Appelante;*

et

Bernice Letitia Ainscough et al.
(*Demandeurs*) *Intimés.*

1974: le 26 novembre; 1975: le 22 avril.

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

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

Relations de travail—Convention collective—Grève illégale—Fermeture de la boulangerie décrétée par la direction—A-t-on mis fin aux relations employeur-employé?—L'employeur est-il tenu de s'acquitter de l'obligation de payer l'indemnité de cessation d'emploi prévue à la convention collective?

Les employés de la compagnie appelante, y compris les intimés, ont déclenché une grève le 1^{er} mars 1971 et étaient toujours en grève le 5 mars 1971 lorsque la compagnie a fermé les portes de sa boulangerie en conformité d'une décision prise la veille par son conseil d'administration, selon laquelle la boulangerie, déjà fermée à cause de la grève, ne serait pas rouverte. La grève était illégale parce qu'entre autres, elle a été déclenchée avant l'expiration de la convention collective (*Mediation Services Act*, 1968 (C.-B.), c. 26, art. 23). Le syndicat, partie à la convention collective, et les employés membres de ce dernier ont été extrêmement contrariés par les pertes d'emploi résultant, premièrement, des mises à pied survenues au cours des deux années précédentes et, deuxièmement, par la décision de la compagnie de confier certaines activités à une autre boulangerie située dans une autre province.

Les intimés réclament l'indemnité de cessation d'emploi prévue à la convention collective et, après que l'appelante eut refusé de reconnaître leurs droits à cette indemnité (pour les motifs qu'ils n'avaient pas été licenciés mais qu'ils avaient volontairement quitté leur emploi au sein de la compagnie), ils ont intenté une action visant à recouvrer cette indemnité. Le juge de première instance a donné gain de cause aux intimés et ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge d'appel Robertson étant dissident. Sur autorisation, la compagnie se pourvoit devant cette Cour.

Arrêt (les juges Ritchie, Spence, Pigeon et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Per Laskin C.J. and Martland, Judson, Dickson and Beetz JJ.: In the face of labour relations legislation such as existed at the material time in British Columbia, in the face of the certification of the union, of which the respondents were members, as bargaining agent of a specified unit of employees of the company and in the face of the collective agreement in force between the union and the appellant company, it was not possible to speak of individual contracts of employment and to treat the collective agreement as a mere appendage of individual relationships. Accordingly, questions such as repudiation of contract and fundamental breach were inapplicable. Common law concepts like repudiation and fundamental breach could not be invoked in relation to collective agreements which have not expired and where the duty to bargain collectively subsists.

The unlawful strike did not terminate the employer-employee relationship. It was open to the company to act in relation to the unlawful strike by positive action against the strikers but it failed to do so; and, whether or not it saw in the strike an opportunity to accelerate its longer term plan to close out the operations in question, its failure to act against the employees save by closure of the plant brought it within the severance pay obligations of the collective agreement.

Per Ritchie, Spence, Pigeon and de Grandpré JJ., dissenting: The contract of employment of each of the respondents contains clauses derived from two sources: (a) the collective agreement; (b) the general law in all matters not covered by the agreement. The obligation of the employee to serve his employer is not spelled out in the collective agreement and may be considered as flowing from the general law. It is also imposed by the collective agreement, the basis of which is that the union will take active steps to ensure that the members of the unit will respect the law, including the obligation not to withdraw their services to the employer through an illegal strike.

It follows that when the employees in concert refuse illegally, as was the case here, to offer their services, they are in breach of the most fundamental obligation of their contracts. When, as was also the case here, this breach acquires a definitive character by effectively destroying the goodwill of the operation, the employer is justified in considering the employees as having definitely broken their contracts of employment. From that moment on, the employer is no longer bound by any of the terms of those contracts, including in the present case the benefits stipulated in the collective agreement.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Dickson et Beetz: Malgré la législation sur les relations de travail à l'époque pertinente en Colombie-Britannique, l'accréditation du syndicat, dont les intimés étaient membres, en tant qu'agent négociateur d'une unité déterminée d'employés de la compagnie et malgré la convention collective en vigueur entre le syndicat et la compagnie appelante, on ne peut parler de contrat individuel de travail et considérer la convention collective comme simplement accessoire aux relations individuelles. Par conséquent, les questions telles que la répudiation d'un contrat et la violation d'une disposition fondamentale sont inapplicables. Des principes de droit commun tels que la répudiation et la violation d'une disposition fondamentale ne peuvent être invoqués à l'égard de conventions collectives qui ne sont pas encore échues et au regard desquelles l'obligation de négocier collectivement demeure.

La grève illégale n'a pas mis fin aux rapports employeur-employé. Il était loisible à la compagnie d'opposer une action directe aux grévistes, ce qu'elle n'a pas fait; et, qu'elle ait vu ou non dans la grève l'occasion d'accélérer l'exécution du plan à long terme prévoyant la fin de ses activités en question, son défaut de prendre certaines mesures à l'encontre de ses employés, hormis la fermeture de la boulangerie, l'obligeait à se conformer aux dispositions touchant l'indemnité de cessation d'emploi prévue à la convention collective.

Les juges Ritchie, Spence, Pigeon et de Grandpré, dissidents: Le contrat de travail liant chacun des intimés contient des clauses qui émanent de deux sources: (a) la convention collective; (b) le droit général applicable aux questions non visées par la convention. L'obligation de l'employé de servir son employeur n'apparaît pas en toutes lettres dans la convention collective et peut être considérée comme découlant du droit général. Cette obligation est également imposée par la convention collective car le syndicat doit s'assurer que les membres de l'unité respecteront la loi, y compris l'obligation de ne pas priver l'employeur de sa main-d'œuvre en déclenchant une grève illégale.

Les employés manquent à l'obligation la plus fondamentale de leurs contrats lorsque, de concert, ils refusent illégalement, comme ce fut le cas en l'espèce, d'offrir leurs services. Lorsqu'un tel manquement va jusqu'à anéantir l'achalandage de l'opération, comme ce fut également le cas en l'espèce, l'employeur peut alors présumer que ses employés ont nettement rompu leurs contrats de travail. A compter de ce moment-là, l'employeur n'est plus lié par aucune disposition de ces contrats, y compris dans la présente affaire les avantages prévus dans la convention collective.

[*Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206, followed; *Re Polymer Corp. and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union*, [1961] O.R. 176, aff'd. [1961] O.R. 438, aff'd. [1962] S.C.R. 338 (*sub nom. Imbleau et al. v. Laskin et al.*; *C.P.R. Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609, referred to.)]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, affirming a judgment of Kirke Smith J. Appeal dismissed, Ritchie, Spence, Pigeon and de Grandpré JJ. dissenting.

D. McK. Brown, Q.C., and *D. L. Page*, for the defendant, appellant.

G. L. Murray, Q.C., for the plaintiffs, respondents.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Judson, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, which is here by leave of this Court, concerns entitlement to severance pay as provided for under the terms of a collective agreement between the appellant company and a trade union representing bakery employees in the appellant's bakery plant in Vancouver. The claim to severance pay was made by 93 persons who were the plaintiffs in an action to recover such pay following the appellant's refusal to recognize their entitlement thereto when it closed its Vancouver plant on or about March 5, 1971. The monetary calculations are not in issue, but the appellant defended the action on the ground that from and after March 1 and 2, 1971, the plaintiffs were no longer employees of the appellant, that they wrongfully and in breach of individual contracts of employment left the plant and did not report for work, and were therefore disentitled to enforce the severance pay provisions of the collective agreement which were alleged to be part of their respective contracts of employment. The appellant company asserted in its

[Arrêt suivi: *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; arrêts mentionnés: *Re Polymer Corp. and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union*, [1961] O.R. 176, confirmé à [1961] O.R. 438, confirmé à [1962] R.C.S. 338 (*sub nom. Imbleau et al. c. Laskin et al.*; *La compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique c. Zambri*, [1962] R.C.S. 609.)]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, qui a confirmé le jugement du juge Kirke Smith. Pourvoi rejeté, les juges Ritchie, Spence, Pigeon et de Grandpré étant dissidents.

D. McK. Brown, c.r., et *D. L. Page*, pour la défenderesse, appelante.

G. L. Murray, c.r., pour les demandeurs, intimés.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Judson, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, porte sur le droit à l'indemnité de cessation d'emploi que prévoit la convention collective liant la compagnie appelante et le syndicat représentant les employés de boulangerie qui travaillent pour l'appelante à Vancouver. La réclamation d'indemnité de cessation d'emploi a été déposée par 93 personnes qui étaient les demandeurs dans une action visant le recouvrement de cette indemnité après que l'appelante eut refusé de reconnaître leur droit à cette indemnité lorsqu'elle ferma les portes de sa boulangerie de Vancouver le 5 mars 1971. Les calculs monétaires ne sont pas en litige, mais l'appelante a invoqué en défense qu'à compter du 1^{er} et du 2 mars 1971, les demandeurs n'étaient plus ses employés, qu'ils avaient illégalement quitté la boulangerie et avaient refusé de se présenter au travail violant ainsi leur contrat de travail individuel, et que, par conséquent, ils avaient perdu le droit d'exiger l'application des dispositions de la convention collective portant sur l'indemnité de cessation d'emploi qui auraient fait partie de leurs contrats individuels de travail. La compagnie appelante a invoqué en défense que les demandeurs n'avaient

¹ [1974] 3 W.W.R. 114, 45 D.L.R. (3d) 687.

¹ [1974] 3 W.W.R. 114, 45 D.L.R. (3d) 687.

defence that the plaintiffs were not discharged but themselves left the employment of the company.

This Court raised, *suo motu*, the question whether the matter in issue here ought properly to have been submitted to arbitration under the grievance and arbitration provisions of the collective agreement between the appellant and the plaintiffs' trade union. In correspondence exchanged between solicitors the question of arbitration was raised and then dropped, and Court proceedings were instituted on May 12, 1971. There was no contention in defence that the appropriate proceedings should have been by way of arbitration under the collective agreement, and it does not appear that any such position was taken either before the trial judge or in the British Columbia Court of Appeal. This Court refrained therefore in this case from taking any position on this question and is content to deal with the legal issue or issues as having been properly submitted to the Courts for adjudication.

The bare facts of this case are that employees of the company, including the plaintiffs in this action, went on strike on March 1, 1971, and were still on strike on March 5, 1971, when the company closed its plant pursuant to a decision of its board of directors taken the previous day that the plant, which was shut down by reason of the strike, would not be re-opened. The strike was illegal because, *inter alia*, it occurred during the subsistence of a collective agreement: see *Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26 (as entitled by 1972 (B.C. 2nd sess.), c. 8), s. 23(1) (Act repealed by 1973 (B.C. 2nd sess.), c. 122, enacting new Labour Code, effective as to various provisions on proclamation). There is no doubt that the union, party to the collective agreement, and the employees who were members thereof, were deeply concerned about loss of jobs owing to layoffs over the previous two years and owing to a decision by the company to move a certain operation to another plant in another province. Though this was the explanation for the strike, it could not be a legal justification for it. Extensive submissions were made by counsel for the company as to the economic reasons which compelled it to assess the future of the Vancouver plant but it is of no

pas été licenciés mais qu'ils avaient volontairement quitté leur emploi.

Cette Cour a soulevé, *suo motu*, la question de savoir si le présent litige n'aurait pas dû régulièrement être soumis à l'arbitrage conformément aux dispositions traitant des procédures de grief et d'arbitrage que contient la convention collective liant l'appelante et le syndicat des demandeurs. Dans la correspondance échangée entre les avocats, cette question d'arbitrage a été soulevée puis abandonnée, et les procédures judiciaires ont été instituées le 12 mai 1971. Il n'a aucunement été allégué en défense que la procédure aurait dû être celle de l'arbitrage en vertu de la convention collective et il ne semble pas qu'on ait fait valoir cet argument ni devant le juge de première instance ni devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Par conséquent, cette Cour s'abstient de formuler tout commentaire à cet égard et elle considère que les tribunaux ont été régulièrement saisis du ou des points de droit litigieux.

Je résume les principaux faits de l'affaire. Les employés de la compagnie, y compris les demandeurs présentement en cause, ont déclenché une grève le 1^{er} mars 1971 et étaient toujours en grève le 5 mars 1971 lorsque la compagnie a fermé les portes de sa boulangerie en conformité d'une décision, prise la veille par son conseil d'administration, selon laquelle la boulangerie, déjà fermée à cause de la grève, ne serait pas rouverte. La grève était illégale parce qu'entre autres, elle a été déclenchée avant l'expiration de la convention collective: voir *Mediation Services Act*, 1968 (C.-B.), c. 26 (modifié par 1972 (C.-B. 2^e sess.), c. 8), art. 23(1) (loi abrogée par 1973 (C.-B. 2^e sess.), c. 122, qui met en vigueur le nouveau Code du travail, certaines dispositions n'entrant en vigueur qu'après proclamation). Il n'y a aucun doute que le syndicat, partie à la convention collective, et les employés membres de ce dernier ont été extrêmement contrariés par les pertes d'emploi résultant, premièrement, des mises à pied survenues au cours des deux années précédentes et, deuxièmement, de la décision de la compagnie de confier certaines activités à une autre boulangerie située dans une autre province. Bien que ce dernier facteur ait été à l'origine de la grève, légalement, il ne la justifie

relevance to this case whether the situation justified its course of action or not. There was no suggestion that it was not legally entitled to make such assessment and come to a decision to phase out its Vancouver operation or bring it to an immediate end subject, of course, to any obligations that it had under the collective agreement.

There was some dispute as to the extent to which the company had or had not had meetings with the union at or following February 22, 1971, when it decided to discontinue the so-called "bun" operation in Vancouver and to have its Calgary plant serve the Kelowna area with buns as of March 1, 1971. Certainly, no meetings were held after March 1, 1971. Between February 22 and March 1, 1971, there was communication between company and union, and the record, for what it is worth, is clear that the company's decision was an irrevocable one, leading to union alarm that further attrition of the work force was likely. The work force had been informed by a union official of the "bun" decision and when the communications and discussions up to March 1, 1971, proved unsuccessful to secure a reversal of suspension of the decision, the employees in late mid-morning on March 1, 1971, began an orderly shut down of the plant preparatory to a general membership meeting in the afternoon. The minutes of the meetings disclose that it was unanimously agreed "to stay out until the situation is rectified". These words were said by company counsel to mean that the employees had decided to quit their jobs but it is the fact, as Robertson J.A. said in his reasons, that the minutes were not communicated to the company which made its decision to close the plant independently of any knowledge of or reliance on the minutes. The union, as both the trial judge and Seaton J.A. noted in their reasons, attempted after

pas. L'avocat de la compagnie s'est étendu sur les raisons économiques qui ont poussé cette dernière à se pencher sur l'avenir de la boulangerie de Vancouver, mais que la situation ait justifié ou non les décisions prises, cela n'a aucune importance en l'espèce. Nul n'a prétendu que la compagnie ne pouvait légalement prendre la décision d'éliminer graduellement sa boulangerie de Vancouver ou de la fermer du jour au lendemain sous réserve, bien sûr, des obligations assumées aux termes de la convention collective.

Il y a eu un certain désaccord quant à savoir si la compagnie avait ou n'avait pas convoqué le syndicat à des réunions le 22 février 1971 ou après cette date, lorsqu'elle a décidé de mettre un terme à la fabrication de brioches à Vancouver et d'approvisionner en brioches, à compter du 1^{er} mars 1971, la région de Kelowna à partir de sa boulangerie de Calgary. Aucune réunion n'a été tenue après le 1^{er} mars 1971, c'est certain. Du 22 février au 1^{er} mars 1971, la compagnie et le syndicat sont entrés en communication, et le dossier, pour ce qu'il vaut, indique clairement que la décision de la compagnie était irrévocable. Le syndicat fut alarmé d'une autre réduction de main-d'œuvre. Un dirigeant syndical a informé les employés de la décision touchant les brioches et lorsque les rencontres et les discussions, qui se sont déroulées jusqu'au 1^{er} mars 1971, n'ont pu aboutir à l'annulation ou à la suspension de la décision, les employés ont organisé, tard dans l'avant-midi du 1^{er} mars 1971, la fermeture méthodique de la boulangerie pour se préparer à assister à une réunion générale des syndiqués au cours de l'après-midi. Le procès-verbal des réunions nous révèle qu'il a unanimement été résolu [TRADUCTION] «de poursuivre le débrayage jusqu'à la normalisation de la situation». Pour l'avocat de la compagnie, ces mots signifiaient que les employés avaient décidé de quitter leur emploi, mais, comme l'a souligné le juge d'appel Robertson dans ses motifs, vu que ce procès-verbal n'a pas été transmis à la compagnie, elle a donc pris la décision de fermer la boulangerie en ignorant tout du contenu du procès-verbal. Comme l'ont noté le juge de première instance et le juge d'appel Seaton dans leurs motifs, le syndicat a cherché, après le 1^{er} mars 1971, à rencontrer les représentants de la compagnie mais ceux-ci

March 1, 1971, to meet with the company but a meeting was refused. However, a union official was told by telephone to be available on Friday, March 5, 1971, and at that time he was handed a letter announcing the company's decision, taken on March 4, 1971, to close the plant.

There was agreement by the trial judge and by all members of the Court of Appeal that the company had closed the plant within the meaning of art. XX of the collective agreement, reading as follows:

In the event of amalgamation, closure of the plant or a department thereof, or reduction in work force due to automation or technological advances causing a regular full-time employee to lose his or her employment, the Company hereby agrees to pay such an employee severance pay at his or her regular rate of pay according to the following schedule: . . .

From that basis, which appears to me to be incontestable, the issues taken both at trial and on appeal were (1) whether there was a repudiation by each employee of his contract of employment, by reason of the unlawful strike, entitling the company to terminate it and whether the company did so; (2) whether the concerted refusal to work terminated the employer-employee relationship; and (3) whether the unlawful strike constituted a breach of a fundamental term of the contracts of employment of the respective striking employees so as to disentitle them to call upon the company to perform its obligations, in this case the obligation to give severance pay. The trial judge, Kirke Smith J. found for the plaintiffs on all issues, concluding his reasons as follows:

It may well be that in the circumstances here the defendant would have been justified in giving each of the plaintiffs notice of discharge, and that such discharge would be regarded as having been made ". . . for sufficient cause" within Article VII S. 1(a) of the collective agreement. The defendant not having done so, the plaintiffs' contracts of employment, in my opinion, continued in force—and the so-called decision of the defendant not to "re-open" the plant constituted the effective "closure" of that plant, as that term is used in

déclinèrent toute invitation. Cependant, un dirigeant syndical reçut par téléphone une invitation pour le vendredi 5 mars 1971, date à laquelle on lui remit une lettre qui l'informait de la décision de la compagnie, prise le 4 mars 1971, de fermer les portes de la boulangerie.

Le juge de première instance et tous les membres de la Cour d'appel ont convenu que la compagnie avait fermé la boulangerie aux termes des dispositions de l'art. XX de la convention collective que voici:

[TRADUCTION] En cas de fusion, de fermeture de la boulangerie ou d'une de ses divisions, ou de réduction de la main-d'œuvre en raison de l'automation ou de changements technologiques qui entraînent pour un employé régulier permanent la perte de son emploi, la Compagnie s'engage par la présente à payer à l'employé une indemnité de cessation d'emploi au taux régulier de son salaire selon l'échelle suivante: . . .

Sur cette base, qui me semble incontestable, les questions litigieuses soumises en première instance et en appel ont été les suivantes: (1) chaque employé a-t-il répudié son contrat de travail en raison du déclenchement de la grève illégale, accordant ainsi à la compagnie le droit d'y mettre fin et est-ce que la compagnie y a effectivement mis fin; (2) est-ce que le refus concerté de travailler a mis fin aux relations employeur-employé; et (3) est-ce que la grève illégale a constitué une violation d'une disposition fondamentale des contrats de travail des employés en grève retirant ainsi à ces derniers le droit d'exiger que la compagnie s'acquitte de ses obligations, en l'espèce, l'obligation de payer une indemnité de cessation d'emploi. En première instance, le juge Kirke Smith a décidé en faveur des demandeurs sur toutes les questions en litige et il a formulé ses conclusions comme suit:

[TRADUCTION] Dans les circonstances, la défenderesse aurait pu transmettre à chacun des demandeurs un avis de licenciement, et ce licenciement aurait pu être considéré comme « . . . justifié » aux termes de l'article VII (1) a) de la convention collective. Puisque la défenderesse ne l'a pas fait, je suis d'avis que les contrats de travail des demandeurs étaient toujours en vigueur—et que la soi-disant décision de la défenderesse de ne pas «rouvrir» la boulangerie signifiait en réalité la «fermeture» de cette boulangerie, au sens attribué à ce mot à

Article XX. This term, like all others in that Article, involves management action.

It follows, therefore, that there having been no notice of discharge given to the plaintiffs, no allegation that there was in each case sufficient cause for discharge, and a closure of the plant by the defendant effected by termination of the plaintiffs' employment, the plaintiffs are entitled to the relief sought in the action, with the following exceptions.

The plaintiff William H. Lilly, a jobber, and the plaintiffs Sara Bourne, Arlene Comber, Betty Klassen and Worthy Margaret Nicol, regular part-time employees, are not entitled to benefits under the clauses of the collective agreement invoked. No evidence was led by or on behalf of these plaintiffs, and the dismissal of their claims will be without costs.

The British Columbia Court of Appeal was unanimous in affirming the trial judge on issues (1) and (2), but Robertson J.A. took a different view on the question of the alleged fundamental breach and would have allowed the appeal on that ground. The majority of the Court, McFarlane and Seaton J.J.A. were of the opinion that the holding at trial on this issue in plaintiffs' favour was correct.

I am of the same opinion as the majority of the British Columbia Court of Appeal, affirming the decision of the trial judge, that the plaintiffs should succeed, but I come to this conclusion on different grounds. I do not think that in the face of labour relations legislation such as existed at the material time in British Columbia, in the face of the certification of the union, of which the plaintiffs were members, as bargaining agent of a specified unit of employees of the company and in the face of the collective agreement in force between the union and the appellant company, it is possible to speak of individual contracts of employment and to treat the collective agreement as a mere appendage of individual relationships. The majority of this Court, speaking through Judson J. in *Syndicat catholique des employés de magasins de*

l'article XX. Ce mot, comme tous les autres de cet article, se rapporte aux décisions patronales.

Par conséquent, vu qu'il n'y a eu aucun avis de licenciement transmis aux demandeurs, qu'il n'a pas été allégué que chaque licenciement était justifié et la fermeture de la boulangerie par la défenderesse a entraîné la cessation des emplois des demandeurs, ces derniers ont droit au dédommagement visé par l'action, sauf les exceptions suivantes.

Le demandeur William H. Lilly, un ouvrier à la tâche, et les demanderesses Sara Bourne, Arlene Comber, Betty Klassen et Worthy Margaret Nicol, des employées régulières à temps partiel, n'ont pas droit aux avantages prévus aux clauses de la convention collective qui ont été invoquées. Aucune preuve en faveur de ces demandeurs n'a été déposée par eux-mêmes ou en leur nom, et le rejet de leurs réclamations n'est accompagné d'aucune adjudication de dépens.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a unanimement confirmé le jugement du juge de première instance sur les questions (1) et (2), mais le juge d'appel Robinson a différé d'opinion sur la question de la prétendue violation d'une disposition fondamentale des contrats de travail et aurait accueilli l'appel à cet égard. La majorité de la Cour, soit les juges d'appel McFarlane et Seaton, était d'avis que la décision de première instance qui tranchait cette question en faveur des demandeurs était juste.

Je partage l'avis de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a confirmé la décision du juge de première instance de faire droit à l'action des demandeurs, mais pour des motifs différents. Malgré la législation sur les relations de travail à l'époque pertinente en Colombie-Britannique, l'accréditation du syndicat, dont les demandeurs étaient membres, en tant qu'agent négociateur d'une unité déterminée d'employés de la compagnie et malgré la convention collective en vigueur entre le syndicat et la compagnie appelante, je ne crois pas qu'on puisse parler de contrats individuels de travail et considérer la convention collective comme simplement accessoire aux relations individuelles. Le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité de cette Cour dans *Syndicat catholique des employés de magasins de*

*Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*², at p. 212, said this in a situation where a union was certified for collective bargaining under Quebec labour relations legislation:

There is no room left for private negotiation between employer and employee. Certainly to the extent of the matters covered by the collective agreement, freedom of contract between master and individual servant is abrogated. The collective agreement tells the employer on what terms he must in the future conduct his master and servant relations.

The situation is the same in British Columbia where the legislation in force at the material time stated explicitly that a collective agreement entered into between a union and an employer is binding on the union, the employer and the employees covered thereby: see *Mediation Services Act*, 1968 (B.C.), c. 26, s. 6.

The reality is, and has been for many years now throughout Canada, that individual relationships as between employer and employee have meaning only at the hiring stage and even then there are qualifications which arise by reason of union security clauses in collective agreements. The common law as it applies to individual employment contracts is no longer relevant to employer-employee relations governed by a collective agreement which, as the one involved here, deals with discharge, termination of employment, severance pay and a host of other matters that have been negotiated between union and company as the principal parties thereto. To quote again from the reasons of Judson J. in the *Paquet* case, at p. 214:

If the relation between employee and union were that of mandator and mandatary, the result would be that a collective agreement would be the equivalent of a bundle of individual contracts between employer and employee negotiated by the union as agent for the employees. This seems to me to be a complete misapprehension of the nature of the juridical relation involved in the collective agreement. The union contracts not as agent or mandatary but as an independent contracting party and the contract it makes with the employer binds the employer to regulate his master and servant relations according to the agreed terms.

² [1959] S.C.R. 206.

*Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*², à la p. 212, a ainsi parlé d'une situation où un syndicat était accrédité comme agent négociateur en vertu de la législation québécoise sur les relations de travail:

[TRADUCTION] Les négociations privées entre employeur et employé n'ont plus leur place. Il est certain qu'au regard des matières visées par la convention collective, la liberté contractuelle entre maître et employé individuel est supprimée. La convention collective dicte à l'employeur ce que seront ses futures relations maître-employé.

La situation est identique en Colombie-Britannique où la législation en vigueur à l'époque pertinente déclarait explicitement qu'une convention collective signée par un syndicat et un employeur liait à la fois le syndicat, l'employeur et les employés visés par cette convention: voir *Mediation Services Act*, 1968 (C.-B.), c. 26, art. 6.

Dans tout le Canada, et ce depuis plusieurs années, les relations individuelles entre employeur et employé n'ont d'importance qu'à l'étape de l'embauchage et même là, elles sont subordonnées aux clauses de sécurité syndicale des conventions collectives. Le droit commun applicable aux contrats individuels de travail ne vaut plus quand les relations employeur-employé sont régies par une convention collective qui traite, comme celle présentement en cause, de licenciement, de cessation d'emploi, d'indemnité de cessation d'emploi et d'une foule d'autres choses qui ont été négociées entre le syndicat et le compagnie en tant que parties principales à la convention. Voici un autre extrait des motifs du juge Judson dans l'affaire *Paquet*, à la p. 214:

[TRADUCTION] Si la relation entre employé et syndicat était la même qu'entre mandant et mandataire, une convention collective constituerait un faisceau de contrats individuels entre employeur et employé négociés par le syndicat en tant qu'agent des employés. Selon moi, c'est une fausse interprétation de la nature de la relation juridique propre aux conventions collectives. Le syndicat s'engage par contrat non pas en tant qu'agent ou mandataire mais plutôt en tant que partie contractante dépendante et le contrat qu'il passe avec l'employeur oblige ce dernier à respecter les relations maître-employé à ce qui a été convenu.

² [1959] R.C.S. 206.

The collective agreement in the present case makes the foregoing abundantly clear. Wages and hours of work are, of course, dealt with, and persons who come into the employ do so on the terms of the collective agreement as to wages and hours. They also come under the terms of the collective agreement as to promotion, layoffs, rehiring and preference of transfers to shifts, all of which are regulated in this case by art. XVI of the collective agreement, headed "Seniority". Article V deals with hiring procedure, and gives the union the prior right to supply staff subject to certain exceptions. Discharge is dealt with both in art. IV and in art. VII. Central to all the benefits and obligations that rest upon the union, the employees and the company under the collective agreement are the grievance and arbitration provisions, about which nothing more need be said here. Standing at the forefront of the substantive terms of the collective agreement is art. I under which the union is recognized by the company as "the sole collective bargaining agency for all employees coming under the jurisdiction of this agreement". There is in this collective agreement ample support for the observations of Judson J. in the *Paquet* case.

In my view, therefore, questions such as repudiation and fundamental breach must be addressed to the collective agreement if they are to have any subject-matter at all. When so addressed, I find them inapplicable in the face of the legislation which, in British Columbia and elsewhere in Canada, governs labour-management relations, provides for certification of unions, for compulsory collective bargaining, for the negotiation, duration and renewal of collective agreements. The *Mediation Services Act*, which was in force at the material time in this case, provided in s. 8 for a minimum one year term for collective agreements unless the responsible Minister gave consent to earlier termination, and provided also for the making of collective agreements for longer terms, subject to certain termination options before the full term had run. Neither this Act nor the companion *Labour Relations Act* could operate according to their terms if common law concepts like repudiation and fundamental breach could be

La convention collective présentement en cause illustre très bien ce qui précède. Naturellement, les salaires et la durée du travail y sont réglés et les personnes embauchées sont soumises aux termes de la convention collective à cet égard. Elles sont également soumises aux dispositions de la convention qui traitent des promotions, des mises à pied, du réembauchage et de la préférence de quart, ces questions étant toutes régies en l'espèce par l'art. XVI de la convention collective qui s'intitule «Ancienneté». L'article V traite des procédures d'embauchage et donne au syndicat le droit prioritaire de remplir les cadres, sous réserve de certaines exceptions. Les articles IV et VII traitent du licenciement. Autour des avantages et obligations qui incombent au syndicat, aux employés et à la compagnie liés par la convention collective gravitent les dispositions en matière de grief et d'arbitrage, et il n'y a pas lieu de s'y attarder. L'article I est au premier plan des stipulations de fond de la convention collective. Aux termes de cet article, la compagnie reconnaît le syndicat comme [TRADUCTION] «l'unique agent négociateur pour tous les employés régis par la présente convention». La présente convention collective se prête bien aux remarques formulées par le juge Judson dans l'affaire *Paquet*.

Par conséquent, s'il faut attribuer un objet aux questions de répudiation et de violation d'une disposition fondamentale, on doit s'adresser à la convention collective. Quand on s'y reporte, on les trouve inapplicables en présence de la législation qui, en Colombie-Britannique et ailleurs au Canada, régit les relations patronales-syndicales et prévoit l'accréditation des syndicats, la négociation collective obligatoire ainsi que la négociation, la durée et le renouvellement des conventions collectives. Le *Mediation Services Act* en vigueur à l'époque pertinente prévoyait à l'art. 8 une durée minimum d'un an pour toute convention collective à moins que le Ministre responsable n'ait consenti à un terme plus court, et prévoyait également la négociation de conventions collectives de plus longue durée, sous réserve de certaines options offrant la possibilité de mettre fin prématurément à la convention. Ni cette loi, ni le *Labour Relations Act* ne pourraient être appliqués selon leurs termes si des principes de droit commun tels que la

invoked in relation to collective agreements which have not expired and where the duty to bargain collectively subsists.

In *Re Polymer Corp. and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union*³, McRuer C.J.H.C. observed at p. 182 that a collective agreement "is not that sort of contract that can be terminated by repudiation by one party merely because the other party has broken one of its terms". In *C.P.R. Co. v. Zambri*⁴, this Court recognized that the common law relations of employer and employee had been altered by the labour relations legislation of Ontario that was involved in that case, legislation that was comparable to that in British Columbia to which I have referred. Judson J. speaking for four members of this Court said at p. 624 of the *Zambri* case that "when a collective agreement has expired, it is difficult to see how there can be anything left to govern the employer-employee relationship. Conversely, when there is a collective agreement in effect, it is difficult to see how there can be anything left outside except possibly the act of hiring".

The references I have made to the collective agreement in this case, which was in force during the events that gave rise to this litigation, lends substance to the words of Judson J. What is, in truth, left for consideration on the appellant's submissions is whether, notwithstanding the existence and binding effect of the collective agreement, the plaintiffs had ceased to be employees by reason only of their unlawful strike and hence had by their own act excluded themselves from the benefits provided by art. XX of the collective agreement.

The applicable legislation, the *Mediation Services Act*, s. 23, prohibits an employee who is bound by a collective agreement from striking

³ [1961] O.R. 176, aff'd. [1961] O.R. 438 (Ont. C.A.), aff'd. [1962] S.C.R. 338 (*sub nom. Imbleau et al. v. Laskin et al.*).

⁴ [1962] S.C.R. 609.

répudiation et la violation d'une disposition fondamentale pouvaient être invoqués à l'égard de conventions collectives qui ne sont pas encore échues et au regard desquelles l'obligation de négocier collectivement demeure.

Dans *Re Polymer Corp. and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union*³, le juge McRuer, le juge en chef de la Haute Cour, a dit, à la p. 182, qu'une convention collective [TRADUCTION] «n'est pas ce genre de contrat qui peut être résilié par répudiation de la part d'une des parties simplement parce que l'autre partie a violé une de ses dispositions». Dans *La compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique c. Zambri*⁴, cette Cour a reconnu que les rapports de droit commun entre employeur et employé avaient été modifiés par la législation ontarienne sur les relations de travail qui était en cause dans cette affaire-là, laquelle législation était comparable à celle de la Colombie-Britannique que j'ai mentionnée précédemment. Au nom de quatre membres de cette Cour, le juge Judson a dit à la p. 624 dans *Zambri* que [TRADUCTION] «lorsqu'une convention collective est échue, on peut difficilement concevoir qu'il y ait autre chose qui régisse les rapports employeur-employé. Réciproquement, lorsqu'une convention collective est en vigueur, on peut difficilement concevoir que quelque chose lui échappe à l'exception peut-être de l'embauchage».

Les propos du juge Judson sont étayés par les mentions que j'ai faites en l'espèce de la convention collective en vigueur à l'époque des événements qui ont donné lieu au présent litige. Donc, au regard des allégations de l'appelante, nous n'avons en vérité qu'à décider si, malgré l'existence et le caractère obligatoire de la convention collective, les demandeurs avaient cessé d'être des employés du seul fait de leur grève illégale et si ce geste leur avait ainsi fait perdre les avantages prévus à l'art. XX de la convention collective.

Les dispositions législatives applicables, soit l'art. 23 du *Mediation Services Act*, interdisent à tout employé lié par une convention collective de

³ [1961] O.R. 176, conf. [1961] O.R. 438 (Ont. C.A.), conf. [1962] R.C.S. 338 (*sub nom. Imbleau et al. c. Laskin et al.*)

⁴ [1962] R.C.S. 609.

during the term of the agreement. It was open to the company in this case to take disciplinary action against the plaintiffs for participating in an unlawful strike, and it is arguable (although this is not before this Court) that discharge would have been held to be for sufficient cause in the light of all the circumstances, if this issue had gone to arbitration. The company did not, however, take any action against the striking employees and, indeed, insisted in its statement of defence that the employees were not discharged but had, in effect, quit their jobs. No doubt they had quit work, but, far from quitting their jobs, the record shows that they had resorted to strike action as a means of emphasizing their concern for retention of jobs in the plant and as a means of persuading the company to reconsider its decision to curtail available jobs, a decision which was part of an overall plan to phase out the Vancouver operation. Even on the basis of common law concepts, the opinion was unanimous below that the unlawful strike did not *per se* terminate the employer-employee relationship, and I think this is plainly right, and *a fortiori* in the light of governing labour-management relations legislation. It was open to the company to act in relation to the unlawful strike by positive action against the strikers; and, whether or not it saw in the strike an opportunity to accelerate its longer term plan to close out its Vancouver operations, its failure to act against the employees save by closure of the plant brought it within the severance pay obligations of art. XX of the collective agreement.

I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Ritchie, Spence, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—Reduced to its bare essentials, the question put to this Court is the following: When all the members of a union engage in an illegal strike and refuse to report to work until management has changed a decision it is admittedly entitled to take, is there such a

faire la grève pendant la durée de la convention. En l'espèce, la compagnie pouvait prendre des mesures disciplinaires contre les demandeurs en raison de leur participation à une grève illégale, et l'on peut prétendre (bien que cette Cour n'ait pas à trancher cette question) que le licenciement, à la lumière des circonstances, aurait pu être considéré comme justifié si cette question avait été soumise à l'arbitrage. Cependant, la compagnie n'a pris aucune mesure contre les employés en grève et elle a même souligné dans sa défense écrite que les employés n'avaient pas été licenciés mais qu'ils avaient effectivement quitté leur emploi. Il n'y a aucun doute qu'ils avaient cessé de travailler mais, loin de quitter leur emploi, le dossier démontre qu'ils ont eu recours à la grève dans le but de manifester leur désir de sauvegarder l'emploi dans la boulangerie et dans le but de persuader la compagnie de revenir sur sa décision de réduire le nombre de postes disponibles, laquelle décision s'insérait dans le cadre d'un plan général de fermeture éventuelle de la boulangerie de Vancouver. Même sur la base des principes de droit commun, les cours d'instance inférieure ont unanimement décidé que la grève illégale en tant que telle n'a pas mis fin aux rapports employeur-employé, et cette décision me semble tout à fait juste surtout à la lumière de la législation régissant les relations patronales-syndicales. Il était loisible à la compagnie d'opposer une action directe aux grévistes; et, qu'elle ait vu ou non dans la grève l'occasion d'accélérer l'exécution du plan à long terme prévoyant la fin de ses activités à Vancouver, son défaut de prendre certaines mesures à l'encontre de ses employés, hormis la fermeture de la boulangerie, l'obligeait à se conformer aux dispositions touchant l'indemnité de cessation d'emploi que l'on retrouve à l'art. XX de la convention collective.

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

Le jugement des juges Ritchie, Spence, Pigeon et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ (*dissident*)—En gros, la question soumise à cette Cour est la suivante: lorsque tous les membres d'un syndicat déclenchent une grève illégale et refusent de se rendre au travail jusqu'à ce que l'administration patronale ait modifié une décision qu'elle avait, de l'aveu

breach of a fundamental term of the various contracts of employment that the employer cannot be called upon to perform its part of the contract, in this case to pay severance pay and one week's pay in lieu of notice?

To that question, the trial judge and the majority in the Court of Appeal have given a negative answer whereas Robertson J. concluded in favour of the employer.

The facts are simple and have been detailed at length in the judgments below which have been reported respectively at [1973] 4 W.W.R. 505 and [1974] 3 W.W.R. 114. It is therefore sufficient to recall the following:

- (1) the events with which we are here concerned took place in March 1971;
- (2) the respondents are all members of the Bakery and Confectionery Workers' International Union of America, Local No. 468, the certified bargaining agent for a group of the appellant's employees;
- (3) at the relevant time existed between appellant and the Bakery Workers' Union a collective agreement, the relevant provisions of which will be quoted later;
- (4) for 8 of the 10 years preceding that period, the business had suffered a loss;
- (5) in an effort to reverse that situation, appellant had taken various steps including the decision to supply the Kelowna market in British Columbia with buns produced in its Calgary plant;
- (6) on February 22, 1971, this decision was communicated to the union;
- (7) prior to that date and in the days that followed, numerous communications by telephone and by interviews were exchanged between the union and the appellant; on each and every occasion the latter re-affirmed that its economic situation was such that it was impossible to modify its decision;

général, le droit de prendre, est-ce que cela constitue une violation telle d'une disposition fondamentale des divers contrats de travail que l'employeur ne peut être appelé à exécuter sa part du contrat, soit en l'espèce à payer une indemnité de cessation d'emploi et le salaire d'une semaine au titre de préavis?

Le juge de première instance et la majorité de la Cour d'appel ont répondu négativement à cette question tandis que, de son côté, le juge Robertson a conclu en faveur de l'employeur.

Les faits sont simples et ont été relatés de façon détaillée dans les jugements des cours de première instance et d'appel qui ont été respectivement publiés à [1973] 4 W.W.R. 505 et [1974] 3 W.W.R. 114. Par conséquent, il suffit de ne rappeler que les faits suivants:

- (1) les événements qui nous concernent en l'espèce se sont déroulés au mois de mars 1971;
- (2) les intimés sont tous membres de l'Union internationale des travailleurs en boulangerie et en confiserie d'Amérique, local 468, l'agent négociateur accrédité pour un groupe d'employés de l'appelante;
- (3) à l'époque pertinente, l'Union des travailleurs en boulangerie et l'appelante étaient liées par une convention collective dont les dispositions pertinentes seront citées plus loin;
- (4) durant 8 des 10 dernières années qui ont précédé cette période, l'entreprise avait subi des pertes;
- (5) dans le but de remédier à cette situation, l'appelante avait pris diverses mesures y compris la décision d'approvisionner la région de Kelowna en Colombie-Britannique avec des brioches fabriquées dans sa boulangerie de Calgary;
- (6) le 22 février 1971, cette décision fut transmise au syndicat;
- (7) avant cette date et quelques jours après, de nombreuses communications téléphoniques et réunions ont eu lieu entre le syndicat et l'appelante; à chacune des occasions, cette dernière a réitéré que sa situation économique était telle qu'il lui était impossible de revenir sur sa décision;

- (8) on March 1st, in the afternoon, the members of the Bakery Workers' Union met during working hours and took the decision to go on strike and to remain away from work as long as the decision would not have been modified by the employer;
- (9) in the days that followed, there was no real communication between the parties;
- (10) on March 4th, the directors of the company, in the light of the economic situation and of the fact that in a perishable goods business a clientele is lost rapidly, decided it could do nothing else but close its plant;
- (11) this decision was communicated to the striking union and to the other employees on March 5th, the letter to the striking union reading as follows:
- Please be advised that by resolution of its Board of Directors, this Company has determined that it will not re-open its plant at 601 West 10th Avenue, Vancouver, B.C., closed on March 1st, 1971.
- The plant will be dismantled and sold.
- (12) the following day, March 6th, each respondent was forwarded a letter couched in the following terms:
- As you are no longer an employee of this Company your Unemployment Insurance Bulk Contribution Certificate is enclosed herewith.
- To complete the picture, a word should be said about the question raised in the Courts below whether or not the decision of the union summarized in para. 8 above was communicated to the appellant in some fashion prior to the directors' meeting of March 4th? On this point, the trial judge had this to say (p. 508):
- The company was duly advised of this decision; and on the three following days no employee who was a member of this union showed up for work.
- (8) dans l'après-midi du 1^{er} mars, les membres de l'Union des travailleurs en boulangerie se sont réunis durant les heures ouvrables et ont décidé de déclencher une grève et de ne pas retourner au travail tant et aussi longtemps que l'employeur ne serait pas revenu sur sa décision;
- (9) dans les jours qui ont suivi, aucune communication n'a véritablement été établie entre les parties;
- (10) le 4 mars, les directeurs de la compagnie décidèrent, à la lumière de la situation économique et du fait qu'une clientèle est rapidement perdue dans une entreprise de biens périssables, que leur seul recours était de fermer la boulangerie;
- (11) le 5 mars, cette décision était transmise au syndicat en grève et aux autres employés et la lettre adressée au syndicat se lisait comme suit:
- [TRADUCTION] Prenez avis qu'à la suite d'une résolution de son conseil d'administration, la Compagnie a décidé de ne pas rouvrir sa boulangerie située au 601 ouest, 10^e avenue, Vancouver (Colombie-Britannique), qui était fermée depuis le 1^{er} mars 1971.
- La boulangerie sera dégarnie puis vendue.
- (12) Le lendemain, soit le 6 mars, une lettre ainsi rédigée était envoyée à chaque intimé:
- [TRADUCTION] Puisque vous n'êtes plus un employé de cette Compagnie, vous trouverez ci-joint votre Certificat de contributions versées en bloc au régime d'assurance-chômage.
- Enfin, il faut souffler mot de la question soulevée devant les Cours d'instance inférieure, à savoir si la décision du syndicat que relate le par. (8) ci-dessus a été communiquée ou non d'une certaine façon à l'appelante avant la réunion que ses administrateurs ont tenue le 4 mars? A cet égard, le juge de première instance a dit ce qui suit (p. 508):
- [TRADUCTION] La compagnie a été dûment avisée de cette décision; et pour les trois jours qui ont suivi, aucun employé membre de ce syndicat ne s'est présenté au travail.

With this finding, Robertson J.A. did not agree. At p. 120, the report of the judgment in appeal reads as follows:

As I have indicated, there is no evidence to show that the decision arrived at at the meeting on 1st March was communicated to the appellant. As far as appears from the evidence, the employees merely stayed away from work.

On this aspect of the case, there was certainly no reason for Robertson J.A. to set aside the finding of the trial judge, this finding obviously being based on the evidence in general and particularly on that part thereof which indicates that the local press, as well as radio stations, were immediately notified of the decision taken by the meeting of March 1st and that in fact this information was published and broadcasted.

As a result of the foregoing, the respondents, members of the striking union, took an action against appellant claiming one week's pay in lieu of notice as well as severance pay under ss. VII and XX of the collective agreement, the material extracts reading as follows:

ARTICLE VII: NOTICE

Section 1(a) The Company will give regular employees one (1) week's notice or one (1) week's pay in lieu thereof before discharging except that no notice or pay will be given if the discharge is for sufficient cause.

Section 1(b) Employees will give the Company one (1) week's notice when desiring to terminate their employment, except where otherwise mutually agreed.

ARTICLE XX: SEVERANCE PAY

In the event of amalgamation, closure of the plant or a department thereof, or reduction in work force due to automation or technological advances causing a regular full-time employee to lose his or her employment, the Company hereby agrees to pay such an employee severance pay at his or her regular rate of pay according to the following schedule:

Le juge d'appel Robertson n'a pas entériné cette conclusion. A la p. 120, l'arrêt de la Cour d'appel se lit comme suit:

[TRADUCTION] Comme je l'ai souligné, aucune preuve ne démontre que la décision prise à la réunion du 1^{er} mars a été communiquée à l'appelante. Selon la preuve, il semblerait que les employés ne se sont tout simplement pas présentés au travail.

Sur ce point, le juge d'appel Robertson n'avait certainement aucune raison d'infirmer la conclusion du juge de première instance, celle-ci étant manifestement fondée sur la preuve en général et plus particulièrement sur cette partie de la preuve qui révèle que la presse locale, de même que les stations radiophoniques, ont immédiatement été avisées de la décision prise à la réunion du 1^{er} mars et qu'en fait, cette information a été publiée et radiodiffusée.

Les intimés, membres du syndicat en grève, ont alors intenté une action contre l'appelante réclamant de celle-ci le salaire d'une semaine au titre de préavis ainsi qu'une indemnité de cessation d'emploi aux termes des art. VII et XX de la convention collective, dont voici les extraits pertinents:

[TRADUCTION] ARTICLE VII: PRÉAVIS

Paragraphe 1(a) La Compagnie doit donner à ses employés réguliers un préavis d'une (1) semaine ou le salaire d'une (1) semaine au titre de préavis avant tout licenciement, sous réserve qu'aucun préavis ou salaire ne sera donné si le licenciement est justifié.

Paragraphe 1(b) Les employés doivent donner à la Compagnie un préavis d'une (1) semaine lorsqu'ils désirent quitter leur emploi, sauf lorsqu'il en a été convenu autrement.

ARTICLE XX: INDEMNITÉ DE CESSATION D'EMPLOI

En cas de fusion, de fermeture de la boulangerie ou d'une de ses divisions, ou de réduction de la main-d'œuvre en raison de l'automation ou des changements technologiques qui entraînent pour un employé régulier permanent la perte de son emploi, la Compagnie s'engage par la présente à payer à l'employé une indemnité de cessation d'emploi au taux régulier de son salaire selon l'échelle suivante:

<i>Full Time</i>	<i>Severance Pay</i>	<i>Employé à plein temps</i>	<i>Indemnité de cessation d'emploi</i>
Consecutive service		Années consécutives de service	
up to 2 years	one week	2 ans ou moins	une semaine
over 2 years	one week's pay for every year of full time service to a maximum of twenty (20) weeks.	plus de 2 ans	une semaine de salaire pour chaque année d'exclusivité de service jusqu'à un maximum de vingt (20) semaines.

The foregoing shall be in addition to the regular week's notice or week's pay in lieu thereof to which such employees may be entitled. This clause does not apply to a temporary lay-off.

On the sole question with which I am dealing, and which is stated in the opening paragraph of these reasons, I can only repeat what was said by McFarlane J.A. (p. 116):

I note that counsel made no distinction in this regard between severance pay and pay in lieu of notice.

Are respondents entitled to claim the benefit of these provisions? In my view, the answer should be in the negative with the result that the action is ill-founded and should have been dismissed.

The contract of employment of each of the respondents with the appellant contains clauses derived from two sources:

- (a) the collective agreement;
- (b) the general law in all matters not covered by the agreement.

Such was the unanimous view of the judges below and this view is totally in accord with the judgments of this Court in *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*⁵ and in *C.P.R. Co. v. Zambri*⁶ when these decisions are read in their entirety.

The obligation of the employee to serve his employer is not spelled out in the collective agreement and may be considered as flowing from the general law. In my view, it is also imposed by the

⁵ [1959] S.C.R. 206.

⁶ [1962] S.C.R. 609.

Cette indemnité s'ajoute au préavis régulier d'une semaine ou au salaire d'une semaine au titre de préavis auquel ont droit ces employés. Cette clause ne s'applique pas en cas de mises à pied temporaires.

En ce qui concerne l'unique question que j'ai abordée et qui est énoncée au début des présents motifs, il suffit de répéter les propos du juge d'appel McFarlane (p. 116):

[TRADUCTION] Je note que l'avocat n'a fait aucune distinction sous ce rapport entre une indemnité de cessation d'emploi et le salaire au titre de préavis.

Les intimés sont-ils en droit de réclamer les avantages prévus par ces dispositions? A mon avis, la réponse devrait être négative, d'où la conclusion que l'action est mal fondée et aurait dû être rejetée.

Le contrat de travail liant chacun des intimés à l'appelante contient des clauses qui émanent de deux sources:

- (a) la convention collective;
- (b) le droit général applicable aux questions non visées par la convention.

Tel a été l'avis unanime de juges des Cours d'instance inférieure et cet avis est totalement conforme aux décisions de cette Cour dans *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*⁵ et dans *La compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique c. Zambri*⁶, lorsque ces décisions sont lues intégralement.

L'obligation de l'employé de servir son employeur n'apparaît pas en toutes lettres dans la convention collective et peut être considérée comme découlant du droit général. Selon moi,

⁵ [1959] R.C.S. 206.

⁶ [1962] R.C.S. 609.

collective agreement, the basis of which is that the union will take active steps to ensure that the members of the unit will respect the law, including the obligation not to withdraw their services to the employer through an illegal strike. To me, this is the principle behind *Re Polymer Corp. and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union*⁷, as affirmed at [1961] O.R. 438 and eventually by this Court⁸; the no strike clause in that case does not create a difference in law with our own situation.

It follows, in my opinion, that when the employees in concert refuse illegally, as was the case here, to offer their services, they are in breach of the most fundamental obligation of their contracts. When, as was also the case here, this breach acquires a definitive character by effectively destroying the goodwill of the operation, the employer is justified in considering the employees as having definitely broken their contracts of employment. From that moment on, the employer is no longer bound by any of the terms of those contracts, including in the present case the benefits stipulated in the collective agreement. This was the attitude of the employer as is apparent from the facts recalled above in paras. 10, 11 and 12 of my summary. This attitude was perfectly justified in law.

This entire subject-matter has been carefully reviewed by Robertson J.A. in his dissenting opinion which, on this point, starts in the middle of p. 132 of the report. I cannot do any better than to adopt his reasons as my own. To these, I would like to add, however, one reference: *Australian Hardwoods Pty. Ltd. v. Commissioner for Railways*⁹, a decision of the Privy Council where Lord Radcliffe, at p. 742, writes:

A plaintiff who asks the court to enforce by mandatory order in his favour some stipulation of an agreement which itself consists of interdependent undertakings between the plaintiff and the defendant cannot succeed in obtaining such relief if he is at the time in breach of his own obligations.

⁷ [1961] O.R. 176.

⁸ [1962] S.C.R. 338.

⁹ [1961] 1 All E.R. 737.

cette obligation est également imposée par la convention collective car le Syndicat doit s'assurer que les membres de l'unité respecteront la loi, y compris l'obligation de ne pas priver l'employeur de sa main-d'œuvre en déclenchant une grève illégale. A mon avis, tel est le principe qui se dégage de *Re Polymer Corp. and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union*⁷ confirmé à [1961] O.R. 438 et plus tard par cette Cour⁸; la clause d'interdiction de grève dans cette affaire-là ne crée aucune différence d'ordre juridique avec la situation en l'espèce.

Je suis d'avis que les employés manquent à l'obligation la plus fondamentale de leurs contrats lorsque, de concert, ils refusent illégalement, comme ce fut le cas en l'espèce, d'offrir leurs services. Lorsqu'un tel manquement va jusqu'à anéantir l'achalandage de l'opération, comme ce fut également le cas en l'espèce, l'employeur peut alors présumer que ses employés ont nettement rompu leurs contrats de travail. A compter de ce moment-là, l'employeur n'est plus lié par aucune disposition de ces contrats, y compris dans la présente affaire les avantages prévus dans la convention collective. Telle fut l'attitude de l'employeur comme en témoignent les faits que relatent les par. 10, 11 et 12 de mon résumé. En droit, cette attitude était parfaitement justifiée.

Toute cette question a été soigneusement examinée par le juge d'appel Robertson dans ses motifs de dissidence qui, sur ce point, débutent au milieu de la p. 132 du recueil. Je ne peux faire davantage qu'adopter d'emblée ses motifs. Cependant, je désirerais citer le passage suivant dans *Australian Hardwoods Pty. Ltd. v. Commissioner for Railways*⁹, une décision du Conseil privé où lord Radcliffe s'est exprimé en ces termes, à la p. 742:

[TRADUCTION] Celui qui demande à la cour une ordonnance en sa faveur enjoignant l'exécution d'une stipulation contenue dans une convention qui, elle-même, consiste en des obligations interdépendantes entre le demandeur et le défendeur, ne peut avoir gain de cause si, à cette époque, il est lui-même en défaut.

⁷ [1961] O.R. 176.

⁸ [1962] R.C.S. 338.

⁹ [1961] 1 All E.R. 737.

I would allow the appeal and dismiss the action with costs throughout.

Appeal dismissed with costs, RITCHIE, SPENCE, PIGEON and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the defendant, appellant: Davis & Co., Vancouver.

Solicitors for the plaintiffs, respondents: Guild, Yule, Schmidt, Lane & Murray, Vancouver.

J'accueillerais le pourvoi et rejetterais l'action avec dépend dans toutes les Cours.

Appel rejeté avec dépens, les JUGES RITCHIE, SPENCE, PIGEON et DE GRANDPRÉ étant dissidents.

Procureurs de la défenderesse, appelante: Davis & Co., Vancouver.

Procureurs des demandeurs, intimés: Guild, Yule, Schmidt, Lane & Murray, Vancouver.

Co-operative Fire & Casualty Company
(Third Party) Appellant;

and

Edmond Saindon (Defendant) Respondent;

and

Armand Sirois (Plaintiff) Respondent.

1975: February 4; 1975: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NEW BRUNSWICK, APPEAL DIVISION

Insurance—Liability insurance—Liability arising from actions of insured—Intent to cause injury—Exclusion of liability for actions by the insured “with intent”—“Intent”—“Accident”—Insurance Act, 1968 (N.B.), c. 6, s. 2.

After an exchange of words between neighbours in which the son of Sirois admitted to cutting some branches from the cherry tree of Saindon, Saindon suddenly walked across towards the Sirois property. When in the middle of the roadway separating the two properties Saindon picked up the lawn mower which he was pushing to shoulder height and moving further across the roadway to the grass by the Sirois dwelling directed the mower towards Sirois' face. Sirois put up his hands to protect himself and the blades severed the fingers from the left hand and injured the right wrist. Saindon's explanation was that his intention was merely to scare Sirois. The trial judge awarded \$39,942.40 by way of special damages against Saindon who joined the insurance company as a third party claiming indemnity under a Comprehensive Personal Liability Policy covering his premises. The trial judge dismissed the action against the insurer finding that Saindon's conduct was criminal and that where injuries are caused by a deliberate calculated act, an assured cannot recover indemnity from his insurer. The Appeal Division reversed, being of opinion that the public policy exclusion rule (s. 2 of *The Insurance Act, 1968 (N.B.), c. 6*) did not apply to the facts in the case but only when the personal injury was intended.

Co-operative Fire & Casualty Company
(mise en cause) Appelante;

et

Edmond Saindon (Défendeur) Intimé;

et

Armand Sirois (Demandeur) Intimé.

1975: le 4 février; 1975: le 26 mars.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Assurance—Police d'assurance responsabilité—Responsabilité découlant des actes de l'assuré—Intention de causer des blessures—Exclusion de responsabilité pour les actes posés «intentionnellement» par l'assuré—«Intention»—«Accident»—Loi sur les assurances, 1968 (N.-B.), c. 6, art. 2.

À la suite d'une conversation entre voisins au cours de laquelle le fils de Sirois a admis avoir coupé des branches de cerisier sur la propriété de Saindon, ce dernier marcha soudainement vers la propriété de Sirois en poussant sa tondeuse à gazon qui était en marche. Rendu au milieu du chemin séparant les deux propriétés, Saindon souleva la tondeuse à la hauteur des épaules puis, traversant le chemin, s'avança sur l'herbe à côté de la demeure des Sirois et tourna la tondeuse en direction du visage de Sirois qui leva les mains pour se protéger. Les lames lui sectionnèrent les doigts de la main gauche et lui blessèrent le poignet droit. L'explication fournie par Saindon est qu'il a simplement tenté d'effrayer Sirois. Le juge de première instance accorda à Sirois \$39,942.40 à titre de dommages-intérêts généraux et spéciaux. Saindon mit en cause la compagnie d'assurances et lui réclama une indemnité en vertu de sa Police d'assurance générale de responsabilité personnelle protégeant sa propriété. Le juge de première instance a rejeté la réclamation faite contre l'assureur car il a conclu à la conduite criminelle de Saindon et à l'application du principe qu'un assuré n'a pas droit à une indemnisation de son assureur lorsque les blessures sont causées par un acte intentionnel et réfléchi. La Division d'appel a renversé cette décision, étant d'avis que l'exclusion prévue par la règle d'ordre public (l'art. 2 de la *Loi sur les assurances, 1968 (N.-B.), c. 6*) ne s'applique pas aux faits de cette affaire mais seulement lorsque les blessures corporelles sont causées intentionnellement.

Held (Laskin C.J. and Pigeon and Beetz JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson and de Grandpré JJ.: While the immediate cause of Sirois' injury was a combination of his raising his hands to protect his face and the tipping of the mower, these two circumstances flowed directly from the respondent's deliberate act in raising the mower as he did which was the dominant cause of the accident. This constituted criminal conduct which caused damage and the respondent's actions were, therefore in breach of the public policy rule in s. 2 of *The Insurance Act*, 1968 (N.B.), c. 6. The language of the exclusion clause also applied to relieve the appellant from liability. Having found that the causes (of the injuries) specified in the exclusion clause applied, it was of no significance whether these were referred to as proximate causes or simply causes.

Per Laskin C.J. and Pigeon and Beetz JJ. *dissenting*: The exclusion of the insurer's liability applied only to bodily injury or personal damage caused intentionally by or at the direction of an insured. The trial judge apparently treated the raising of the lawn mower as itself enough to establish intent to cause injury by importing a negligence concept into the assessment of the respondent's conduct. Where intent to cause injury is relied on by an insurer as an exclusion from otherwise comprehensive coverage the insurer must establish that intent and not merely that there was a likelihood that injury might result from the act. The trial judge erred in applying his finding to the excepting clause in s. 2 of *The Insurance Act*, 1968 (N.B.), c. 6 and the Appeal Division properly pointed out that injuries which arise out of the commission of a criminal act are not, by reason of that fact alone, loss or damage that was intentionally brought about.

[*Gray et al. v. Barr*, [1971] 2 All E.R. 949; *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Prudential Assurance Co. Ltd. et al.*, [1959] S.C.R. 539 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick¹ allowing an appeal from Pichette J. at trial. Appeal allowed with costs, Laskin C.J. and Pigeon and Beetz JJ. dissenting.

¹ (1974), 7 N.B.R. (2d) 280.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Pigeon et Beetz étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson et de Grandpré: Bien que la cause immédiate de la blessure subie par Sirois soit une conjugaison de son geste de protection et du basculement de la tondeuse, ces deux circonstances découlent directement du geste délibéré posé par l'intimé en soulevant la tondeuse comme il l'a fait, geste qui fut la cause dominante de l'accident. Il s'agissait là d'une conduite criminelle qui a causé des dommages de sorte que les actes de l'intimé constituaient une violation de la règle d'ordre public énoncée à l'art. 2 de la *Loi sur les assurances*, 1968 (N.-B.), c. 6. La clause d'exclusion s'applique également pour dégager l'appelante de sa responsabilité. Ayant conclu que les causes (des blessures) spécifiées dans la clause d'exclusion s'appliquent, il importe peu que ces causes soient désignées comme causes prochaines ou causes tout court.

Le juge en chef Laskin et les juges Pigeon et Beetz, *dissidents*: L'exclusion de la responsabilité de l'assureur s'applique uniquement au préjudice corporel ou personnel causé intentionnellement sur l'ordre d'un assuré ou par lui. Le juge de première instance a considéré que le fait d'avoir levé la tondeuse était tout ce qu'il fallait pour établir l'intention de causer un préjudice, se servant ainsi de la notion de négligence dans l'appréciation du comportement de l'intimé. Lorsque l'intention de causer des blessures est ce sur quoi se fonde l'assureur pour exclure un risque d'une couverture de portée étendue, il doit prouver cette intention et non pas simplement la probabilité qu'une blessure s'ensuive. Le juge de première instance a commis une erreur en appliquant sa conclusion à la clause d'exception qui se trouve à l'art. 2 de la *Loi sur les assurances*, 1968 (N.-B.), c. 6 et la Division d'appel a eu raison de faire remarquer que les blessures qui découlent de la perpétration d'un acte criminel ne sont pas, de ce seul fait, une perte ou un dommage provoqués intentionnellement.

[Arrêts mentionnés: *Gray et al. v. Barr*, [1971] 2 All E.R. 949; *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Prudential Assurance Co. Ltd. et al.*, [1959] R.C.S. 539.]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick¹ accueillant un appel d'un jugement du juge Pichette. Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef Laskin et les juges Pigeon et Beetz étant dissidents.

¹ (1974), 7 N.B.R. (2d) 280.

G. Cooper and G. Rideout, for the appellant.

J. C. Angers, for the respondents.

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

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The facts in this case have been outlined by my brother Ritchie and I need not repeat them. There is, however, a question of what construction to put on them in the light of the excepting clause 6 of the indemnity policy issued by the appellant insurer to the respondent Saindon. The point at issue here is narrow but nonetheless significant. In my opinion, it is simply whether the word “intentionally” in the exclusionary clause covers both intentional and reckless acts. The resolution of this issue must be made with appreciation of the fact that we are concerned with an exempting provision of an insurance policy, and hence one to be construed strictly against the insurer.

There is no doubt that the insured intentionally raised the lawn mower up to the face of the plaintiff Sirois. Having regard to the fact that the blades of the lawn mower were whirling, the act was one likely to cause injury and in that respect reckless. The exclusion of the insurer’s liability is expressed as applying only “to bodily injury or personal damage caused intentionally by or at the direction of an insured”. The evidence does not support a finding of fact that the respondent intended to cause injury, but if that is to be the conclusion it must be based on a finding of mixed law and fact that recklessness in the handling of the lawn mower, which resulted in personal injury, is within the exclusion of the policy.

It appears to me that the trial Judge has treated the original raising of the lawn mower as itself enough to establish intention to cause injury, doing so by importing a negligence concept into the assessment of the respondent’s conduct. Thus, referring to the respondent’s act of raising up the lawn mower he said:

True, it is he said he did so to scare the plaintiff, but the fact remains that the defendant knew or ought to have known that this act on his part was a very dangerous one. In my opinion, his conduct was criminal.

G. Cooper et G. Rideout, pour l’appelante.

J. C. Angers, pour les intimés.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Mon collègue le juge Ritchie ayant exposé les faits, il reste à déterminer quelle interprétation il convient de donner à la lumière de la clause d’exception n° 6 de la police d’assurance émise par l’appelante à l’intimé Saindon. Le point à décider est étroit mais il a de l’importance. À mon avis, il s’agit simplement de savoir si le mot «intentionnellement» dans la clause d’exclusion vise à la fois les actes intentionnels et les actes insouciant. Aussi, il ne faut pas oublier qu’il s’agit en l’espèce d’une exemption dans une police d’assurance et qu’une interprétation stricte s’impose contre l’assureur.

Il est clair que l’assuré a intentionnellement levé la tondeuse au visage du demandeur Sirois. Comme les lames tournaient, l’acte était susceptible de le blesser et sous cet angle, insouciant. L’exclusion de la responsabilité de l’assureur s’applique uniquement «au préjudice corporel ou personnel causé intentionnellement sur l’ordre d’un assuré ou par lui». La preuve ne permet pas de conclure que l’intimé a eu l’intention de causer des blessures, et la conclusion ultime exige une conclusion mixte de droit et de fait portant que la façon insouciant de manier la tondeuse, avec les blessures personnelles en résultant, est visée par l’exclusion contenue dans la police.

Le juge de première instance, me semble-t-il, a considéré que le fait d’avoir levé la tondeuse était tout ce qu’il fallait pour établir l’intention de causer un préjudice, se servant ainsi de la notion de négligence dans l’appréciation du comportement de l’intimé. Ainsi, parlant de l’acte en question, il dit:

[TRADUCTION] Il est vrai qu’il a dit avoir fait cela dans le but d’effrayer le demandeur, mais il n’en est pas moins vrai que le défendeur savait ou aurait dû savoir que ce geste de sa part était très dangereux. À mon avis, sa conduite était criminelle.

Criminal it could well be in terms of s. 202 of the *Criminal Code*, as showing "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons", but this is a standard which does not as such import *mens rea* in the traditional sense of subjective intention, although it may import *mens rea* in the sense of subjective foresight: see *Binus v. The Queen*².

Reliance is placed by the appellant insurer on *Gray v. Barr*³, in the English Court of Appeal and on *Wilkinson v. Downton*⁴. The latter, a well-known case on intentional infliction of harm giving rise to tort liability for nervous shock involving physical injury, is not, in my opinion, relevant to the construction of an exclusionary clause in an insurance policy. Wright J. who decided the case put liability on the ground of imputation of an intention to produce the kind of injury which resulted. As explained in Fleming, *Law of Torts*, (4th ed. 1971), at p. 33, it was a case where the defendant's conduct (falsely informing a woman that her husband had been severely injured in an accident) "was of a kind reasonably capable of terrifying a normal person or was known or ought to have been known to the defendant to be likely to terrify the plaintiff for reasons special to him". This is, in effect, recklessness giving rise to intentional tort liability, an intentional tort being one expanded to embrace both harmful acts done either with intention or with foresight of consequences following upon a deliberate act not itself intended to produce the harm that resulted. It is no more telling on the construction of the exclusionary clause in the policy than are the cases on criminal negligence under the *Criminal Code*.

Gray v. Barr was a case involving the meaning of the word "accident" in an indemnification policy of insurance which covered liability in respect of bodily injury to any person "caused by

Criminelle elle pouvait bien l'être aux termes de l'art. 202 du *Code criminel*, comme témoignant d'«une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui», mais c'est là une norme qui ne comporte pas en soit la *mens rea* au sens traditionnel d'intention subjective, bien qu'elle puisse comporter la *mens rea* au sens de prévision subjective: voir *Binus c. La Reine*².

L'assureur appelant invoque l'arrêt *Gray v. Barr*³ de la Cour d'appel d'Angleterre et l'arrêt *Wilkinson v. Downton*⁴. Ce dernier, un arrêt bien connu au sujet d'un préjudice causé intentionnellement et donnant ouverture à responsabilité civile pour choc nerveux comportant dommage physique, n'est point, à mon avis, pertinent en ce qui concerne l'interprétation d'une clause d'exclusion dans une police d'assurance. Le juge Wright conclut à la responsabilité sur le motif qu'il y avait eu intention de produire le genre de dommage qui s'est ensuivi. Comme on l'explique dans Fleming, *Law of Torts*, (4^e éd. 1971), à la p. 33, il s'agissait d'un cas où la conduite du défendeur (dire faussement à une femme que son mari avait été grièvement blessé dans un accident) [TRADUCTION] «était de celles qui peuvent raisonnablement terrifier une personne normale, ou de celles que le défendeur savait ou aurait dû savoir susceptibles de terrifier la demanderesse pour des raisons qu'il connaissait particulièrement». C'est là, en somme, une insouciance donnant ouverture à responsabilité civile pour préjudice intentionnel, le préjudice intentionnel étant un préjudice auquel on donne une extension capable d'englober en même temps le préjudice causé intentionnellement et le préjudice qui est une conséquence prévue d'un acte réfléchi qui n'est pas en soi destiné à produire le dommage qui a résulté. L'arrêt est sans plus de portée sur l'interprétation de la clause d'exclusion que les arrêts rendus sur la négligence criminelle sous le régime du *Code criminel*.

Gray v. Barr porte sur le sens du mot «accident» dans une police visant la responsabilité de blessures corporelles causées «accidentellement». C'était là le risque couvert et le tribunal n'avait pas,

² [1967] S.C.R. 594.

³ [1971] 2 All E.R. 949.

⁴ [1897] 2 Q.B. 57.

² [1967] R.C.S. 594.

³ [1971] 2 All E.R. 949.

⁴ [1897] 2 Q.B. 57.

accidents". This was the risk covered and the Court was not there concerned, as it is here, with whether an exclusionary clause applied. I need not embark here on any discussion of the range of meanings that can be and have been given to the word "accident". The Judges who sat in *Gray v. Barr* exposed the difficulties with that word in their lengthy reasons. Salmon L.J. put the matter in words which, to me, exhibit how little value *Gray v. Barr* can have for the present case which turns on a different word, on a different clause and on a different context, *i.e.*, exclusion rather than coverage. He said this, at p. 964:

... No doubt, the language of the policy is wide enough to cover any kind of accident. I think, however, that it should be read as subject to an implied exception. The exception being that the policy does not apply to injuries caused by an accident occurring in the course of threatening unlawful violence with a loaded gun. It is, of course, well settled that no term can be implied into a contract unless necessary to give it ordinary business efficacy. I doubt whether from the point of view of ordinary business the parties can be taken to have intended to cover such a risk as this unless at any rate they had stated such an intention in express words. ...

There is another, a more cogent ground for rejecting the relevance of *Gray v. Barr* to the present case, and especially in so far as *Gray v. Barr* excludes acts with foreseeable consequences from the category of accidents: see Lord Denning M.R., at p. 956 of [1971] 2 All E.R. and Phillimore L.J. at p. 969. That ground lies in the reasons of this Court in *The Canadian Indemnity Company v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*⁵ That case also involved a liability policy providing for indemnity in case of accident. The insured's liability, by reason of which a subsequent claim for indemnity was made, arose out of a situation where it was aware of the dangerous condition of a piece of equipment which collapsed with resulting damage. In giving the reasons of a plurality of this Court, Pigeon J. made it clear that such an occurrence would be an accident under the

⁵ [1976] 1 S.C.R. 309.

comme c'est le cas ici, à décider si une clause d'exclusion s'appliquait. Je n'ai pas à épiloguer ici sur la gamme de sens que peut avoir et qu'a pu recevoir le terme «accident». Les juges qui ont entendu l'affaire *Gray v. Barr* ont exposé dans leurs longs motifs les difficultés qu'il comporte. Le lord juge Salmon a formulé la question en des termes qui, pour moi, montrent le peu de valeur de *Gray v. Barr* dans une affaire comme celle qui nous occupe, où la question repose sur un terme différent, sur une clause différente et sur un contexte différent, savoir, exclusion plutôt que couverture. Il dit, à la p. 964:

[TRADUCTION] ... Certes, les termes de la police sont assez larges pour viser tout genre d'accident. Je crois, cependant, qu'ils doivent être interprétés comme sujets à une exception implicite. L'exception étant que la police ne s'applique point aux blessures causées par un accident qui se produit au cours de menaces illicites faites en brandissant un fusil chargé. Il est, certes, bien établi qu'aucune condition ne peut être sous-entendue dans l'interprétation d'un contrat sauf lorsque c'est nécessaire pour donner à celui-ci sa portée commerciale habituelle. Je doute que du point de vue de la pratique commerciale courante on puisse considérer que les parties ont voulu inclure un risque comme celui-là à moins de toute façon qu'elles n'aient énoncé une intention semblable en termes exprès. ...

Il existe un autre motif, plus probant, de rejeter l'application de *Gray v. Barr* en l'instance, surtout dans la mesure où *Gray v. Barr* exclut de la catégorie des accidents les actes qui ont des conséquences prévisibles: voir lord Denning, Maître des rôles, [1971] 2 All E.R. à la p. 956 et le lord juge Phillimore à la p. 969. Ce motif se trouve dans les motifs de cette Cour dans l'affaire *Canadian Indemnity Company v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*⁵. Cet arrêt a trait lui aussi à une police d'assurance responsabilité prévoyant une indemnisation en cas d'accident. La responsabilité de l'assurée, par suite de laquelle une demande d'indemnisation a été faite, tirait son origine d'une situation où elle était au courant de l'état dangereux d'une pièce d'équipement qui s'est effondrée en causant des dommages. Donnant les motifs de la majorité, le juge Pigeon a fait clairement ressortir

⁵ [1971] 1 R.C.S. 309.

policy even though it was the result of a calculated risk or of a dangerous operation. It follows, so far as this Court is concerned, that an act or omission which involves a calculated risk or amounts to a dangerous operation from which injury or damage results cannot be said to be done or omitted with intent to cause the injury or damage in the absence of a specific finding that there was such intent.

In accord with this view is a line of insurance cases in the American Courts dealing with exactly the situation that confronts us here. Cases in the United States on insurance matters have been freely cited in Canadian Courts because form policies developed in the United States have found their way into policies issued by insurers here: see 11 C.E.D. (Ont.) (2nd ed. 1954), s. 44 (Title, Insurance); 13 C.E.D. (Western) (2nd ed. 1962), s. 42 (Title, Insurance); and see, for example, *Caldwell v. Stadacona Fire and Life Ins. Co.*⁶ at p. 257; see also *MacGillivray on Insurance Law* (5th ed. 1961), *passim*.

*Lumbermen's Mutual Ins. Co. v. Blackburn*⁷, was a case where a rock was thrown at a boy by one of his schoolmates and it caused injury for which damages were recovered. Thereafter, suit was brought against an insurer of one of the defendants under a homeowners policy which like the present one contained an exclusion clause in the very words of the one involved here, namely, "bodily injury or property damage caused intentionally by or at the direction of the insured". It was held that the exclusion did not apply because under it there must be an intention to inflict the actual injury, and the Court drew attention to a range of cases (it referred to them as the better reasoned opinions) which made the point that the intention must be to commit the injury as well as to do the act. Another such case, quite recent, is

⁶ (1883), 11 S.C.R. 212.

⁷ (1970), 477 P. 2d 62 (Okl.)

tir qu'un tel événement doit être considéré comme un accident sous le régime de la police même s'il est le résultat d'un risque calculé ou d'une opération dangereuse. Il s'ensuit, autant que cette Cour est concernée, qu'un acte ou une omission qui comporte un risque calculé ou équivaut à une opération dangereuse dont résultent des blessures ou des dommages n'est pas du tout un acte ou une omission dont on s'est rendu coupable avec l'intention de causer les blessures ou dommages quand il n'y a pas de conclusion spécifique qu'il y a eu une telle intention.

Une série d'arrêts américains rendus dans des affaires d'assurance et qui traitent exactement de la situation dont il s'agit ici, est en accord avec cette façon de voir. Les arrêts des États-Unis sur des questions d'assurance ont été cités autant comme autant devant les tribunaux canadiens parce que les polices-imprimées mises au point aux États-Unis ont fait leur chemin jusque chez les assureurs canadiens: voir 11 C.E.D. (Ont.) (2^e éd. 1954), art. 44 (titre, Insurance); et voir, par exemple, *Caldwell c. Stadacona Fire and Life Ins. Co.*⁶ à la p. 257; voir également *MacGillivray on Insurance Law* (5^e éd. 1961), *passim*.

Dans l'affaire *Lumbermen's Mutual Ins. Co. v. Blackburn*⁷, un écolier avait lancé un caillou à un de ses compagnons et causé des blessures pour lesquelles des dommages-intérêts ont été recouverts. Par la suite, une action a été intentée contre l'assureur de l'un des défendeurs en vertu d'une police pour propriétaires qui, comme celle dont il est question en la présente affaire, contenait une clause d'exclusion rédigée dans les termes mêmes de celle dont il s'agit ici, soit, [TRADUCTION] «au préjudice corporel ou personnel causé intentionnellement sur l'ordre d'un assuré ou par lui». Il fut jugé que l'exclusion ne s'appliquait pas parce que sous son régime il fallait une intention de causer la blessure effectivement subie, et la cour a évoqué une gamme d'arrêts (qu'elle a qualifiés d'opinions les mieux motivées) qui signalent que l'intention

⁶ (1883), 11 R.C.S. 212.

⁷ (1970), 477 P. 2d 62 (Okl.)

*Vermont Mutual Insurance v. Dalzell*⁸ where the State Court of Appeals considered a claim against an insurer arising on the following facts. A pumpkin was thrown at a passing vehicle with the result that the windshield shattered and serious injuries were sustained by the motorist. It was held that the insurer could not properly invoke the exclusionary clause, one in substantially the same terms as that in the present case. There too, although the trial Judge held that there was an intention to injure, the appellate court concluded that there was no such evidence but at the most an intention to frighten. A similar result against the insurer under a like exclusionary clause was reached in the earlier Michigan case of *Morrill v. Gallagher*⁹ where a lit firecracker was thrown into a room occupied by the plaintiff in an attempt to frighten him, but he suffered a hearing impairment and a nervous disorder.

Another such case holding against the insurer is *Hanover Insurance Group v. Cameron*¹⁰ which draws the distinction that I have drawn here between injury caused intentionally and injury caused recklessly. I see no need to multiply references to American case law and emphasize only that those cited here involve the same kind of exclusionary clause as is relied upon by the insurer in this case. What is evident to me, and is, I think, supported by case law apart from the cases referred to here, is that "accident" and "intent" are not exhaustive complements. It follows that where intent to cause injury is relied upon by an insurer as an exclusion from otherwise comprehensive coverage, it cannot succeed merely by showing that a deliberate act was involved which was not an accident, without also showing that there was an intent to cause the injury and not merely that there was a likelihood that injury might result from the act.

doit avoir été de causer la blessure aussi bien que de poser l'acte. Une autre affaire semblable, assez récente, est *Vermont Mutual Insurance v. Dalzell*⁸, où la Cour d'appel de l'État était saisie d'une réclamation contre un assureur. Faits: une citrouille est lancée sur un véhicule en mouvement et cause l'éclatement du pare-brise, qui entraîne des blessures graves au conducteur. Jugé: que l'assureur ne peut à bon droit invoquer la clause d'exclusion—une clause essentiellement dans les mêmes termes que celle dont il s'agit en l'instance. Tout comme ici, même si le juge de première instance avait jugé qu'il y avait eu intention de blesser, la Cour d'appel conclut qu'il n'y avait aucune preuve à cet effet mais tout au plus une intention de faire peur. Une conclusion semblable, contre un assureur, sous le régime d'une clause d'exclusion similaire, a été tirée dans l'affaire antérieure *Morrill v. Gallagher*⁹, dans l'État du Michigan. Un pétard allumé avait été lancé dans une pièce occupée par le demandeur, à qui on avait voulu faire peur mais cela lui avait causé des troubles de l'ouïe ainsi que des troubles nerveux.

Une autre affaire semblable dans laquelle on a décidé contre l'assureur est *Hanover Insurance Group v. Cameron*¹⁰ ou l'on fait la distinction que j'ai faite ici entre blessures causées intentionnellement et blessures causées par insouciance. Je ne vois aucun besoin de multiplier les renvois aux arrêts américains et je signale seulement que ceux que j'ai cités comportent le même genre de clause d'exclusion que celle qu'invoque l'assureur en l'instance. Ce qui me paraît évident, et qui, selon moi, est étayé par la jurisprudence indépendamment des arrêts mentionnés ici, c'est que «accident» et «intention» ne sont pas complémentaires. Il s'ensuit que lorsque l'intention de causer des blessures est ce sur quoi se fonde l'assureur pour exclure un risque d'une couverture de portée étendue, il ne peut pas avoir gain de cause simplement en prouvant qu'un acte délibéré et non accidentel est intervenu, sans également prouver qu'il y a eu intention de causer la blessure et non pas simplement probabilité qu'une blessure s'ensuive.

⁸ (1974), 218 N.W. 2d 52 (Mich.).

⁹ (1963), 122 N.W. 2d 687.

¹⁰ (1973), 298 A. 2d 715 (N.J.).

⁸ (1974), 218 N.W. 2d 52 (Mich.).

⁹ (1963), 122 N.W. 2d 687.

¹⁰ (1973), 298 A. 2d 715 (N.J.).

I come now to the issue of public policy which is covered by s. 2 of the *Insurance Act*, 1968 (N.B.), c. 6, reading as follows:

Unless the contract otherwise provides, a violation of any criminal or other law in force in the Province or elsewhere shall not, *ipso facto*, render unenforceable a claim for indemnity under a contract of insurance except where the violation is committed by the insured, or by another person with the consent of the insured, with intent to bring about loss or damage; provided that in the case of a contract of life insurance this section shall apply only to disability insurance undertaken as part of the contract.

The contract of insurance in this case does not "otherwise provide", and hence the question is whether a violation of law was committed by the insured "with intent to bring about loss or damage". The insurer's position here does not differ from its position under the exclusionary clause, save perhaps in its submission that it is enough to show an intent to bring about damage of any kind, even if there be no intent to bring about the damage that actually resulted.

The History of s. 2 of the New Brunswick *Insurance Act*, a provision that is part of the law of other provinces, is detailed in a Note by G. W. Reed in (1953), 31 C.B.R. 319, at pp. 325 *et seq.* Its remedial effect, relative to an alleged common law position that applied a disentitling public policy beyond deliberate crimes or offences, is evident in its comprehensive terms, qualified only by a contracting out provision and by the exception relied upon here, namely, that there was a violation of law committed by the insured with intent to bring about loss or damage. The public policy limitation preserved by this exception is a narrow one and must relate to loss or damage, intentionally brought about, for which the insurer would otherwise have to provide indemnity to its insured. Loss or damage means, of course, actual loss or damage, as distinguished from mere legal injury. *Injuria sine damnum* is not within the exception to s. 2 aforesaid any more than is *damnum sine injuria*. The burden is upon the insurer under s. 2, no less than it rests upon it under the exclusionary clause 6 of the policy, to show that there was such loss or damage. In this it

J'en viens maintenant à la question de l'ordre public qui est visée par l'art. 2 de la *Loi sur les assurances*, 1968 (N.-B.), c. 6:

Sauf disposition contraire dans le contrat, la violation de toute loi criminelle ou autre, en vigueur dans la province ou ailleurs, ne rend pas *ipso facto* inexécutoire une demande de règlement aux termes d'un contrat d'assurance, sauf si la violation est commise par l'assuré ou par toute autre personne avec son consentement, avec l'intention de provoquer une perte ou un dommage; cependant, dans un contrat d'assurance sur la vie, cet article ne s'applique qu'à l'assurance-invalidité souscrite comme partie du contrat.

Le contrat d'assurance en l'espèce ne contient pas de «disposition contraire», donc la question est de savoir si une violation de loi a été commise par l'assuré «avec l'intention de provoquer une perte ou un dommage». La position de l'assureur ici n'est pas différente de sa position en vertu de la clause d'exclusion, sauf peut-être lorsqu'il prétend qu'il suffit de prouver une intention de provoquer un dommage de quelque sorte, même s'il n'y a pas d'intention de provoquer le dommage qui est effectivement survenu.

L'historique de l'art. 2 de la *Loi sur les assurances* du Nouveau-Brunswick, disposition qui se retrouve également dans d'autres provinces, est exposé en détail dans une note de G. W. Reed à (1953), 31 Rev. du Bar. Can. 319, aux pp. 325 et suiv. Son effet réparateur, sur ce qu'on a dit être la règle de *common law* selon laquelle l'ordre public devait priver l'assuré de tout recours même lorsque le crime ou l'infraction n'était pas délibéré, est manifeste dans ses termes de portée très étendue, sous réserve seulement d'une disposition d'exonération contractuelle et de l'exception sur laquelle on se fonde ici, soit, qu'il y a eu de la part de l'assuré violation de la loi commise avec intention de provoquer une perte ou un dommage. La limitation d'ordre public préservée par cette exception est étroite et doit se rapporter à une perte ou à un dommage, provoqués intentionnellement, pour lesquels l'assureur serait obligé d'indemniser son assuré si ce n'était de l'exception. Perte ou dommage veut dire, bien sûr, perte ou dommage réels, par opposition à une simple atteinte en droit. *Injuria sine damnum* ne s'inscrit pas dans l'exception de l'art. 2 susdit, pas plus que *damnum sine*

has failed, and that for the same reasons that disentitled it to rely upon the exclusionary clause 6.

I have already alluded to the trial Judge's finding that the insured in deliberately raising the lawn mower "knew or ought to have known that this act on his part was a very dangerous one". In applying this finding, as he did, to the excepting clause in s. 2, the trial Judge exhibited the very fallacy to which I referred in dealing with the exclusionary clause of the policy. The New Brunswick Court of Appeal properly disposed of the matter by pointing out that injuries which arise out of the commission of a criminal act are not, by reason of that fact alone, loss or damage that was intentionally brought about.

In my opinion, the insurer has not brought itself within the exclusion of the policy nor within the exclusion of s. 2, and I would, accordingly, dismiss the appeal with costs.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson and de Grandpré JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal by the Co-operative Fire & Casualty Company from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick allowing an appeal from a judgment of Mr. Justice Pichette of the Queen's Bench Division, whereby he had dismissed the claim of the respondent for indemnity under the terms of a policy of insurance issued by the appellant. The circumstances giving rise to this appeal are somewhat extraordinary and it is perforce necessary to recite them at some length.

The respondent, Edmond Saindon, occupied a trailer which was set on a plot of land at Clair, New Brunswick, and in the afternoon of July 22, 1972, he was using a gasoline driven power lawn mower to mow a strip of lawn lying between a fence which enclosed his trailer and a gravel road-

injuria. Il incombe à l'assureur sous le régime de l'art. 2, non moins qu'il ne lui incombe sous le régime de la clause d'exclusion 6 de la police, de prouver qu'il y a eu semblable perte ou dommage. A cet égard il n'a pas réussi, et cela pour les mêmes raisons que celles qui l'empêchent de se fonder sur la clause d'exclusion 6.

J'ai déjà évoqué la conclusion du premier juge selon laquelle l'assuré en levant délibérément la tondeuse «savait ou aurait dû savoir que ce geste de sa part était très dangereux». En appliquant cette conclusion, comme il l'a fait, à la clause d'exception qui se trouve à l'art. 2, le premier juge a précisément commis l'erreur dont j'ai fait mention en traitant de la clause d'exclusion de la police. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a eu raison de trancher la question en faisant remarquer que les blessures qui découlent de la perpétration d'un acte criminel ne sont pas, de ce seul fait, une perte ou un dommage provoqués intentionnellement.

À mon avis, l'assureur n'a pas prouvé qu'il pouvait se prévaloir de l'exclusion de la police, ou de l'exclusion de l'art. 2, et, par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Dickson et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le présent pourvoi est interjeté par la Co-operative Fire & Casualty Company à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Pichette de la Division du Banc de la Reine rejetant la demande d'indemnité faite par l'intimé sous le régime d'une police d'assurance émise par l'appelante. Les circonstances qui ont donné lieu à cet appel sortent quelque peu de l'ordinaire, et il est forcément nécessaire de les relater assez longuement.

L'intimé, Edmond Saindon, habitait une roulotte placée sur un terrain situé à Clair (Nouveau-Brunswick) et dans l'après-midi du 22 juillet 1972, il s'occupait, à l'aide d'une tondeuse à gazon mue par un moteur à essence, de tondre une bande de gazon située entre une clôture qui entourait sa

way on the other side of which was a dwelling house owned and occupied by Armand Sirois. During the course of the afternoon while the respondent was still cutting the lawn, he observed Sirois in the doorway of the garage at the rear of his house and immediately accused him of cutting the cherry tree branches on his property. Sirois replied that he had not done anything of the kind but he inquired of his son who admitted that he had cut off some branches. The father and son returned to the backyard of their property whereupon the respondent suddenly walked across to them, pushing the lawn mower which was still running and when he got to the middle of the roadway separating the properties, he picked up the lawn mower shoulder high and moved across the roadway to the grass by the side of the Sirois dwelling and directed it towards Sirois' face, at which time the latter says:

... Edmund Saindon was close to me. I was scared. He turned around. I put my hands to try to protect myself and I had my hands cut.

The result of this incident was that the revolving blades of the lawnmower struck both Sirois' hands, severing the fingers from his left hand and injuring his right wrist. Having caused this damage, Saindon returned with his lawnmower and continued to mow the lawn as he said he only had a little strip to finish. Saindon's explanation of his extraordinary activities was that he raised the lawnmower into Sirois' face in order to scare him. Sirois brought an action against Saindon which was tried before Mr. Justice Pichette who awarded him \$39,942.40 by way of special and general damages.

Saindon joined the Co-operative Fire and Casualty Company as a third party claiming indemnity under their Comprehensive Personal Liability Policy covering his premises in the Village of Clair.

The indemnity thus provided was described in the following terms in the policy:

COVERAGE A—(1) Comprehensive Personal Liability: To pay on behalf of the Insured all sums which the

roulotte et un chemin de gravier de l'autre côté duquel se trouvait une maison habitée par son propriétaire, Armand Sirois. Au cours de l'après-midi, alors qu'il était encore occupé à tondre la pelouse, l'intimé remarqua Sirois dans l'encadrement de la porte de son garage, à l'arrière de sa maison, et l'accusa sur-le-champ de couper les branches de cerisier sur sa propriété. Sirois répondit qu'il n'avait rien fait de tel, mais il s'enquit auprès de son fils, qui admit avoir coupé quelques branches. Le père et le fils retournèrent dans la cour arrière de leur propriété, sur quoi l'intimé marcha soudainement vers eux en poussant la tondeuse à gazon qui était encore en marche et, rendu au milieu du chemin séparant les deux propriétés, souleva la tondeuse à la hauteur des épaules puis, traversant le chemin, s'avança sur l'herbe à côté de la demeure des Sirois et tourna la tondeuse en direction du visage de Sirois; ce dernier déclare qu'à ce moment-là:

[TRADUCTION] ... Edmond Saindon était près de moi. J'avais peur. Il pivota sur lui-même. J'ai essayé de me protéger avec les mains et je me suis fait couper les mains.

Le résultat de cet incident fut que les lames tournoyantes de la tondeuse frappèrent les deux mains de Sirois, sectionnant les doigts de la main gauche et blessant le poignet droit. Après avoir causé ces blessures, Saindon s'en retourna avec sa tondeuse et continua de tondre la pelouse puisque, dit-il, il ne lui restait qu'une étroite bande à terminer. L'explication fournie par Saindon au sujet de son étrange conduite est qu'il a soulevé la tondeuse vers le visage de Sirois afin de l'effrayer. Sirois intenta contre Saindon une poursuite qui fut jugée par le juge Pichette; celui-ci accorda à Sirois \$39,942.40 à titre de dommages-intérêts généraux et spéciaux.

Saindon mit en cause la Co-operative Fire & Casualty Company et lui réclama une indemnité en vertu de sa police d'assurance générale de responsabilité personnelle protégeant sa propriété dans le village de Clair.

La police d'assurance décrit en ces termes l'indemnité prévue dans ce cas:

[TRADUCTION] COUVERTURE A—(1) Assurance générale de responsabilité personnelle: Payera au nom

Insured shall become obligated to pay by reason of the liability imposed by law upon the Insured, or the liability of others, assumed by the Insured under any written agreement relating to the premises, for damages, including damages for care and loss of services, because of bodily injury or property damage.

The learned trial judge, in dismissing the claim against the insurer, made the following findings:

In this case, the Defendant admits that the raising by him of the lawnmower in motion in the face of the Plaintiff was a deliberate intentional act. . . . True it is he said he did so to scare the Plaintiff but the fact remains that the Defendant knew or ought to have known that this act on his part was a very dangerous one. In my opinion his conduct was criminal. The proper interpretation of this section of our Insurance Act has always been to the effect that where injuries are caused to a Third Party by a deliberate calculated act, the Assured cannot recover indemnity from his Insurer. On this ground of its Defence, the Third Party is, in my opinion, entitled to succeed.

The provisions of the *Insurance Act* to which the learned trial judge referred are those contained in s.2 of the *Insurance Act*, being c.6 of the Acts of New Brunswick 1968, which provides, in part, as follows:

Public Policy Rule

2. Unless the contract otherwise provides, a violation of any criminal or other law in force in the Province or elsewhere shall not, *ipso facto*, render unenforceable a claim for indemnity under a contract of insurance except where the violation is committed by the insured, or by another person with the consent of the insured, with intent to bring about loss or damage; . . .

One of the exclusions (No. 6) governing the insurance coverage in question, provided that the coverage did not apply "to bodily injury or personal damage caused intentionally by or at the direction of an insured", and in finding that the insurer was relieved of liability by virtue of this provision, the learned trial judge said:

There can be no doubt in my mind that the Defendant deliberately raised the lawn mower in the face of the

de l'assuré toute somme que l'assuré sera obligé de payer en raison de la responsabilité imposée à l'assuré par la loi, ou de la responsabilité d'autres personnes assumée par l'assuré en vertu de tout engagement écrit ayant trait à la propriété de l'assuré, pour tout dommage, y compris le dommage découlant de soins ou de pertes de services, dû à des blessures corporelles ou à des dommages à la propriété.

En rejetant la réclamation faite contre l'assureur, le savant juge de première instance tira les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Dans cette affaire, le défendeur admet qu'en soulevant la tondeuse en marche en direction du visage du demandeur, il a posé un geste réfléchi et intentionnel. . . . Il est vrai qu'il a dit avoir fait cela dans le but d'effrayer le demandeur, mais il n'en est pas moins vrai que le défendeur savait ou aurait dû savoir que ce geste de sa part était très dangereux. À mon avis, sa conduite était criminelle. La juste interprétation de cet article de notre Loi sur l'assurance a toujours été que lorsque des blessures sont causées à un tiers par un acte intentionnel et réfléchi, l'assuré n'a pas droit à une indemnisation de son assureur. À mon avis, sur ce motif de sa défense, la mise-en-cause doit avoir gain de cause.

Les dispositions de la *Loi sur les assurances* auxquelles le savant juge de première instance fait allusion sont contenues dans l'art. 2 de la *Loi sur les assurances*, c. 6 des Lois de 1968 du Nouveau-Brunswick, article qui se lit, en partie, comme suit:

Règle d'ordre public

2. Sauf disposition contraire dans le contrat, la violation de toute loi criminelle ou autre, en vigueur dans la province ou ailleurs, ne rend pas *ipso facto* inexécutoire une demande de règlement aux termes d'un contrat d'assurance, sauf lorsque la violation est commise par l'assuré ou par toute autre personne avec son consentement, avec l'intention de provoquer une perte ou un dommage; . . .

L'une des clauses d'exclusion régissant cette police d'assurance stipule que la couverture ne s'applique pas [TRADUCTION] «au préjudice corporel ou personnel causé intentionnellement sur l'ordre d'un assuré ou par lui», et en concluant que l'assureur était dégagé de sa responsabilité en vertu de cette clause, le savant juge de première instance a déclaré:

[TRADUCTION] Il ne peut y avoir aucun doute dans mon esprit que le défendeur a délibérément soulevé la

Defendant. On this third ground the Third Party, is, in my opinion, also entitled to succeed.

In reversing the judgment at trial, Mr. Justice Limerick, speaking on behalf of the Court of Appeal, observed that in his opinion the exclusion above referred to only applied when the personal injury was intended and that it did not apply to the facts of this case, and at the conclusion of his reasons for judgment, after citing s.2 of the *Insurance Act, supra*, he made the following findings:

As the injury to the Plaintiff was not intentionally inflicted, but was the unforeseen result of a criminal act, the effect of section 2 above is to negate the 'Public Policy Rule' and as the insurer in the contract excludes only personal injuries intentionally inflicted and does not exclude injuries otherwise arising out of the commission of a criminal act, the insurer is not relieved of its liability on the ground of public policy.

The finding of the Appeal Division that the respondent had not intentionally inflicted the damage sustained by Sirois is based on its acceptance of the respondent's evidence to the effect that he had only intended to scare his victim and that the lawnmower tipped exposing the blades as the respondent lifted it up close to Sirois' face.

The respondent's action did indeed have the result of "scaring" Sirois to such extent that he raised his hands in an automatic gesture to shield his face. The fact that the lawnmower tipped when put to such an unnatural use was an eminently foreseeable development and one which the respondent ought to have known to be a part of the danger to which he was exposing his neighbour. The immediate cause of Sirois' injury was a combination of his gesture of self protection and the tipping of the lawnmower but, in my opinion, these two circumstances flowed directly from the respondent's deliberate act in raising the lawnmower as he did, which was the dominant cause of the occurrence. I agree with the learned trial judge that this constituted criminal conduct which caused damage and the fact that the "scare" intended by the respondent had more serious

tondeuse à gazon vers le visage du défendeur. A mon avis, la mise-en-cause doit également avoir gain de cause sur ce troisième motif.

Infirmité le jugement du tribunal de première instance, M. le juge Limerick, parlant au nom de la Cour, fait observer qu'à son avis la clause d'exclusion mentionnée ci-dessus ne s'applique que lorsque les blessures corporelles sont causées intentionnellement et qu'elle ne s'applique pas aux faits de cette affaire, et en conclusion des motifs de son jugement, après avoir cité l'art. 2 de la *Loi sur les assurances*, précité, il tire les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Étant donné que la blessure subie par le demandeur ne fut pas infligée intentionnellement, mais fut le résultat imprévisible d'un acte criminel, l'article 2 ci-dessus a pour effet de rendre inopérante la Règle d'ordre public, et étant donné que l'assureur n'exclut dans son contrat que les blessures personnelles infligées intentionnellement et n'exclut pas les blessures résultant autrement de la perpétration d'un acte criminel, l'assureur n'est pas dégagé de sa responsabilité en excipant la Règle d'ordre public.

La conclusion de la Division d'appel, selon laquelle l'intimé n'a pas intentionnellement infligé le dommage subi par Sirois, est fondé sur l'acceptation du témoignage de l'intimé, à l'effet qu'il a seulement voulu effrayer sa victime et que la tondeuse a basculé, exposant les lames, au moment où l'intimé la soulevait tout près du visage de Sirois.

Le geste de l'intimé eut réellement pour résultat d'«effrayer» Sirois, à tel point qu'il leva les bras dans un geste instinctif pour protéger son visage. Le fait que la tondeuse a basculé lorsqu'utilisée de façon si peu naturelle constituait une éventualité éminemment prévisible et l'intimé aurait dû savoir qu'elle faisait parti des dangers auxquels il exposait son voisin. La cause immédiate de la blessure subie par Sirois est une conjugaison de son geste de protection et du basculement de la tondeuse mais, à mon avis, ces deux circonstances découlent directement du geste délibéré posé par l'intimé en soulevant la tondeuse comme il l'a fait, geste qui fut la cause dominante de l'incident. Je suis d'accord avec le savant juge de première instance qu'il s'agissait là d'une conduite criminelle qui a causé des dommages, et le fait que la «peur» voulue par l'intimé a eu des conséquences plus graves que

consequences than he may have anticipated does not alter the fact that it was his threatening gesture which caused the damage. I am accordingly of opinion that the respondent's actions were in breach of the public policy rule as expressed in s.2 of the New Brunswick *Insurance Act*.

In the course of the argument before us counsel for the appellant referred to the judgment of the Court of Appeal in England in *Gray et al. v. Barr*¹¹ (Prudential Insurance Company Limited, Third Party) which while in no way binding on this Court, nevertheless appears to me to be most apt and persuasive in the circumstances. In that case the appellant, who was covered by an insurance policy with the respondent indemnifying him for all sums which "he shall become legally liable to pay as damages in respect of bodily injuries to any person caused by accident", had entered a farm house with a loaded shot gun and fired a shot into the ceiling with the intention of frightening the occupant who then grappled with him as a result of which the insured fell down stairs breaking the stock of the gun as he fell and involuntarily firing the second barrel which killed the occupant. The insured's claim against his insurer was based on the contention that the occupant's death was accidentally caused and in the course of his reasons for judgment Lord Denning, M.R. posed the question in the following terms:

But which of these acts was the cause of the death? Was it the deliberate act of Mr. Barr approaching Mr. Gray with a loaded gun? Or was it the fall and subsequent discharge of the gun? The immediate cause was the *second* act when the gun was accidentally discharged: but the dominant cause was the *first* act when Mr. Barr went up the stairs with a loaded gun. . . .

Lord Denning resolved this question in terms of what was the "proximate cause" and adopted what was said by Lord Shaw in *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*,¹² at p. 369:

¹¹ [1971] 2 All E. R. 949.

¹² [1918] A.C. 350.

celles qu'il avait prévues ne change rien au fait que c'est son geste de menace qui a causé le dommage. En conséquence, je suis d'avis que les actes de l'intimé constituaient une violation de la Règle d'ordre public énoncée à l'art. 2 de la *Loi sur les assurances* du Nouveau-Brunswick.

Au cours de sa plaidoirie, l'avocat de l'appelante nous a cité un arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre, rendu dans l'affaire *Gray et al v. Barr*¹¹ (Prudential Insurance Company Limited, mise-en-cause), arrêt qui, bien qu'il ne lie aucunement cette Cour, me semble néanmoins tout à fait juste et persuasif devant les faits. Dans cette affaire-là, l'appelant, qui était protégé par une police d'assurance émise par l'intimée pour l'indemniser de toute somme [TRADUCTION] «qu'il deviendra obligé par la loi de payer à titre de dommages-intérêts pour les blessures corporelles infligées accidentellement à toute personne», avait pénétré dans une maison de ferme armé d'un fusil chargé et avait tiré une balle dans le plafond avec l'intention d'effrayer l'occupant; celui-ci en était alors venu aux prises avec l'appelant avec le résultat que l'assuré avait dégringolé l'escalier, brisant en tombant la crosse du fusil et tirant involontairement le second coup qui tua l'occupant. La réclamation déposée par l'assuré contre son assureur était fondée sur l'avancé que la mort de l'occupant avait été causée accidentellement et dans les motifs de son jugement, Lord Denning définit la question dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Mais lequel de ces actes fut la cause du décès? Le geste délibéré de M. Barr marchant sur M. Gray avec un fusil chargé? Ou la chute et la décharge du fusil qui s'ensuivit? La cause immédiate fut le *second* acte, lorsque le fusil fut accidentellement déchargé; mais la cause dominante fut le *premier* acte, lorsque M. Barr monta l'escalier avec un fusil chargé. . . .

Lord Denning résout cette question en fonction de ce qui constituait la «cause prochaine» et fait siens les termes employés par lord Shaw dans l'arrêt *Leyland Shipping Co. v. Norwich Union Fire Insurance Society*¹², à la p. 369:

¹¹ [1971] 2 All E.R. 949.

¹² [1918] A.C. 350.

What does 'proximate' here mean? To treat proximate as if it was the cause which is proximate in time is . . . out of the question. The cause which is truly proximate is that which is proximate in *efficiency*. That efficiency may have been preserved although other causes may meantime have sprung up which have yet not destroyed it, or truly impaired it, and it may culminate in a result of which it still remains the real efficient cause to which the event can be ascribed.

On this quotation Lord Denning commented:

Ever since that case in 1918 it has been settled in insurance law that the 'cause' is that which is the effective or dominant cause of the occurrence, or, as it is sometimes put, what is in substance the cause, even though it is more remote in point of time, such cause to be determined by common sense: . . .

And in the same case the learned Master of the Rolls, dealing with the question of public policy, adopted the following language which had been employed by the learned trial judge:

The logical test, in my judgment, is whether the person seeking the indemnity was guilty of deliberate, intentional and unlawful violence or threats of violence. If he was, and death resulted therefrom, then, however unintended the final death of the victim may have been, the court should not entertain a claim for indemnity.

I adopt as being particularly pertinent to the circumstances here disclosed the following language employed by Lord Phillimore in the same case at p. 969:

No doubt the word 'accident' involves something fortuitous or unexpected, but the mere fact that a wilful and culpable act—which is both reckless and unlawful—has a result which the actor did not intend surely does not, if that result was one which he ought reasonably to have anticipated, entitle him to say that it was an accident.

It is true that in *Gray's* case the liability of the insurance company depended on whether or not the fatal shot was fired by "accident" within the meaning of its policy, whereas the liability of the appellant in this case depends on whether the damage sustained by Sirois was "caused intentionally by or at the direction of the insured", but in

[TRADUCTION] Que signifie en l'espèce le mot «prochaine»? Il est hors de question. . . de considérer que la cause prochaine est celle qui est la plus rapprochée dans le temps. La cause qui est réellement prochaine est celle qui est prochaine en *efficacité*. Cette efficacité peut avoir été conservée même si d'autres causes peuvent avoir surgi entretemps sans toutefois la détruire ou réellement l'affaiblir, et elle peut aboutir à un résultat dont elle demeure toujours la véritable cause efficiente, celle à laquelle l'événement peut être attribué.

Lord Denning commente ce passage en ces termes:

Depuis cet arrêt de 1918, il a toujours été décidé en matière réelle d'assurances que la 'cause' est celle qu'on peut considérer la cause efficiente ou dominante de l'événement ou, comme on l'énonce parfois, ce qui en substance constitue la cause, même si elle est plus éloignée dans le temps, ladite cause devant être déterminée par le bon sens; . . .

Et dans la même affaire, le savant Maître des rôles, traitant de la question de l'ordre public, adopte l'énoncé suivant formulé par le savant juge de première instance:

[TRADUCTION] A mon avis, la question est de savoir si la personne qui réclame une indemnité s'est rendue coupable de violence ou menace de violence délibérée, intentionnelle et illégale. Si elle est coupable d'un tel acte, et que la mort en soit résulté, si peu préméditée qu'ait finalement été la mort de la victime, alors la cour ne doit pas faire droit à la réclamation d'indemnité.

Les paroles suivantes employées par lord Phillimore dans la même cause à la p. 969, sont particulièrement pertinentes dans les circonstances présentes, et je les fait miennes:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute que le mot 'accident' comporte quelque chose de fortuit ou d'inattendu, mais le simple fait qu'un acte volontaire et coupable—qui est à la fois insouciant et illégal—produit un résultat qui n'était pas dans l'intention de l'auteur de cet acte, n'autorise sûrement pas celui-ci, si ce résultat en est un qu'il aurait dû raisonnablement prévoir, à affirmer qu'il s'agit d'un accident.

Il est vrai que dans l'affaire *Gray* la responsabilité de la compagnie d'assurances dépendait de la question de savoir si le coup de feu mortel avait été tiré «accidentellement» au sens de sa police, tandis qu'en l'espèce la responsabilité de l'appelant est fonction de la question de savoir si le dommage subi par Sirois a été «causé intentionnellement sur

my view the issue must be determined on the ground that under the circumstances of this case, the intentional act of the respondent in raising the lawnmower as he did was the "cause" of the accident as that word is generally understood in the interpretation of policies of insurance.

As I consider that the language of exclusion 6 in the policy relieves the appellant from liability, the following excerpt from the judgment of Judson J. in *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Prudential Assurance Co. Ltd. et al.*¹³, has direct application. After reviewing a number of cases, Judson J. said, at p. 545:

The principle to be deduced is no more than this—that liability for the consequences of what the Court holds to be the proximate cause of the loss may be negated by a properly framed clause of exclusion and it seems to me that if it is found, as a matter of construction, that the causes specified in the clause of exclusion apply, then it is of no significance whether these are referred to as proximate causes or simply causes.

It will be seen that I take the view that the personal damage sustained by Sirois was intentionally caused within the meaning of exclusion No. 6 in the policy and also that the insured's actions constituted a violation of the criminal law committed by him with intent to bring about loss or damage, although the precise damage was not anticipated.

Having regard to the conclusion which I have reached as to the effect of s. 3 of the *Insurance Act* and exclusion No. 6 of the policy, I do not find it necessary to deal with the appellant's denial of liability on the ground that the incident did not occur within the boundaries of the property described in its comprehensive personal liability policy and I make no finding in this regard.

For all these reasons I would allow this appeal, set aside the judgment of the Appeal Division of

l'ordre de l'assuré ou par lui»; mais, à mon avis, la question en litige doit être décidée sur le motif que, dans les circonstances entourant cette affaire, l'acte intentionnel posé par l'intimé en soulevant la tondeuse comme il l'a fait a été la «cause» de l'accident, selon le sens que l'on donne généralement à ce mot dans l'interprétation des polices d'assurance.

Étant donné que je considère que la clause d'exclusion n° 6 de la police dégage l'appelante de sa responsabilité, l'extrait suivant des motifs du juge Judson dans l'affaire *Ford Motor Co. of Canada c. Prudential Assurance Co. Ltd. et al.*¹³, s'applique directement. Après avoir examiné un certain nombre d'arrêts, le juge Judson déclare, à la p. 545:

[TRADUCTION] Le principe à suivre se résume à ceci: la responsabilité pour les conséquences de ce que la Cour considère comme la cause prochaine de la perte peut être annulée par une clause d'exclusion adéquatement formulée et, à mon avis, s'il s'avère, comme question d'interprétation, que les causes spécifiées dans la clause d'exclusion s'appliquent alors il importe peu que ces causes soient désignées comme causes prochaines ou causes tout court.

On voit que je suis d'avis que le dommage personnel subi par Sirois a été causé intentionnellement, au sens de la clause d'exclusion n° 6 de la police, et aussi que les actes de l'assuré constituaient de sa part une violation d'une loi criminelle, commise avec l'intention de provoquer une perte ou un dommage, bien que le dommage précis n'ait pas été prévu.

Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé en ce qui concerne l'effet de l'art. 3 de la *Loi sur les assurances* et de la clause d'exclusion n° 6 de la police, il ne m'apparaît pas nécessaire de traiter de la dénégation de responsabilité de l'appelante fondée sur le motif que l'incident n'a pas eu lieu à l'intérieur des limites de la propriété décrite dans sa police d'assurance générale de responsabilité personnelle, et je ne tire aucune conclusion à cet égard.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel de

¹³ [1959] S.C.R. 539.

¹³ [1959] R.C.S. 539.

the Supreme Court of New Brunswick and restore the judgment rendered at trial by Mr. Justice Pichette. The appellant will have its costs in this Court and in the Appeal Division.

Appeal allowed with costs, judgment at trial restored, LASKIN C.J. and PIGEON and BEETZ JJ., dissenting.

Solicitors for the appellant: Stewart & Stratton, Moncton.

Solicitors for the respondent Saindon: Rice & Angers, Edmundston.

la Cour suprême du Nouveau-Brunswick et de rétablir le jugement rendu en première instance par le juge Pichette. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Division d'appel.

Appel accueilli avec dépens, jugement rendu en première instance rétabli, le juge en chef LASKIN et les juges PIGEON et BEETZ dissidents.

Procureurs de l'appelante: Stewart & Stratton, Moncton.

Procureurs de l'intimé Saindon: Rice & Angers, Edmundston.

The Canadian Transport Commission
Appellant;

and

Worldways Airlines Ltd. *Respondent.*

1975: March 24; 1975: April 22.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law—Appeals—Judicial review—Aeronautics—Natural justice—Amendment of licences—“Public convenience and necessity”—Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3, s. 16 para. (8)—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28—National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17.

Respondent was transferee of two licences authorizing the operation of two commercial air services, domestic charter and international charter. On May 5, 1972, new regulations established new groups for aircraft based on their maximum take-off weight on wheels and the Commission advised Kenting, then holder of the two licences, that it was proposed to amend the licences to reflect the new groupings and that the new groupings were intended to cover all the aircraft then operated based on the current charter tariff on file with the Commission. At that time the Kenting aircraft were all within B, C, D and E groupings, however Kenting's solicitor sought the additional allocation of groups A, F, G and H on the basis that the company intended to use aircraft of that type within the reasonably foreseeable future. The Commission through its Air Transport Committee on April 30, 1973, amended the domestic licence substituting the new groupings (Groups A, B, C, D, E, F, G and H) but providing that Groups A, F, G and H were suspended for a period of one year or until such lesser time as the Licensee provided evidence that it was in a position to provide service in these groups and that failure to provide such evidence within one year would result in the cancellation of the authority. The Air Transport Committee thereafter on November 30, 1973, wrote Kenting re the international licence, proposing to amend it on a like basis but inviting comments from Kenting before so doing. Kenting did not reply to that letter but on December 4, 1973, gave notice to the Air Transport Committee of a proposed transaction between Kenting and a company to be formed (the present respondent), undertaking to advise the Committee of the name of the new company within ten days. On April 18, 1974, Kenting applied for an extension of the one year period of

La Commission canadienne des transports
Appelante;

et

Worldways Airlines Ltd. *Intimée.*

1975: le 24 mars; 1975: le 22 avril.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif—Appels—Examen judiciaire—Aéronautique—Justice naturelle—Modification de permis—«Commodité et besoins du public»—Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, c. A-3, art. 16, par. (8)—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28—Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, c. N-17.

L'intimée était cessionnaire de deux permis autorisant l'exploitation de deux services aériens commerciaux d'affrètement, l'un national et l'autre international. Le 5 mai 1972, de nouveaux règlements établissaient des groupes nouveaux pour les aéronefs d'après le poids maximal autorisé au décollage sur roues et la Commission avisait Kenting, alors détentrice de deux permis, qu'elle se proposait de modifier les permis pour refléter les nouveaux groupements et que les nouveaux groupements avaient pour but de couvrir tous les aéronefs exploités alors, sur la base du tarif d'affrètement déposé à la Commission. A ce moment-là, les aéronefs de Kenting appartenaient tous aux groupes B, C, D et E mais l'avocat de Kenting demanda à ajouter l'autorisation d'exploiter des avions du groupe A, F, G et H parce que la compagnie avait l'intention d'utiliser des aéronefs de ces types dans un avenir assez proche. Le 30 avril 1973, le Comité des transports aériens de la Commission modifia le permis national en remplaçant les anciens groupes par les nouveaux groupes (groupes A, B, C, D, E, F, G et H) mais statua que les groupes A, F, G et H étaient suspendus pour une période d'un an ou jusqu'au moment où le titulaire fournirait la preuve qu'il serait en mesure d'assurer le service dans ces groupes et que le défaut de se conformer à cette prescription dans ce délai entraînerait la suppression de l'autorisation. Par la suite, le 30 novembre 1973, le Comité des transports aériens écrivait à Kenting relativement au permis international, proposant de le modifier dans le même sens, mais demandait à Kenting ses commentaires avant de le faire. Kenting ne répondit pas à cette lettre, mais le 4 décembre 1973 elle envoya au Comité un avis d'une opération envisagée entre Kenting et une compagnie à être constituée (la présente intimée), s'engageant à informer le

suspension and requested a decision on the matter of the transfer and on April 30, 1974, indicated that it was "ready, willing and able" to provide charter commercial air service utilizing group G type aircraft. After further correspondence, on May 30, 1974, the licences held by Kenting were amended cancelling the authority to operate aircraft in Groups A, F, G and H and limiting the licences to Groups B, C, D and E aircraft on the basis of "public convenience and necessity". On application to review under s. 28 of the *Federal Court Act*, and on appeal under s. 64(2) of the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, the Federal Court of Appeal were of the opinion that the 1974 Orders of the Commission limiting the licences should be repealed, basing its judgment on three grounds, first, that the Air Transport Committee erred in not determining that the cancellation was itself required by public convenience and necessity, second, that the Committee erred in not looking at the entire evidence, and third, that the Committee violated a basic principle of natural justice in failing to give notice of the perceived facts and other reasons on which its proposed action would be based.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal did not have the power to substitute its opinion for that of the Committee. The question whether public convenience and necessity requires a certain action is not one of fact. It is the formulation of an opinion. The words of the Orders were those of the statute itself and there was no justification for the suggestion that the Orders were based on other than positive findings.

That there was evidence to support the position of the Commission was apparent from the orders as well as from other circumstances. To reach a different opinion the Federal Court of Appeal apparently relied on statements made before it by counsel for the Commission which statements should not have been given the effect of modifying the Orders under consideration by the Court.

There was no basis for finding lack of proper notice. Kenting had notice not only of the proposed action but of the facts and other reasons forming the basis thereof and failed to provide the necessary evidence that it was in a position to supply its services in all groupings.

Comité dans les dix prochains jours du nom de cette compagnie. Le 18 avril 1974, Kenting demanda une prolongation de la période d'un an de suspension et pria aussi le Comité de faire connaître sa décision à l'égard du transfert. Le 30 avril 1974, elle indiqua qu'elle était prête, disposée et apte à fournir des services aériens commerciaux d'affrètement utilisant des avions du type groupe G. Après d'autres échanges de correspondance, le 30 mai 1974 les permis détenus par Kenting étaient modifiés: l'autorisation d'exploiter des aéronefs des groupes A, F, G et H est annulée et les permis se limitent aux aéronefs des groupes B, C, D et E, en se basant sur la commodité et les besoins du public. La Cour d'appel fédérale, saisie d'une demande d'examen en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et d'un appel interjeté en vertu du par. (2) de l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17, en est venue à la conclusion que les ordonnances rendues par la Commission en 1974 et limitant les permis devaient être révoqués, se fondant sur trois motifs: le premier, que le Comité des transports aériens avait commis une erreur en ne s'assurant pas que l'annulation était elle-même requise pour la commodité et les besoins du public; le deuxième, que le Comité avait commis une erreur en n'examinant pas toute la preuve et, le troisième, que le Comité n'avait pas observé un principe de justice naturelle en ne signifiant pas d'avis de la situation telle qu'elle était comprise et des autres motifs sur lesquels l'action envisagée était fondée.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

La Cour d'appel n'avait pas le pouvoir de substituer son opinion à celle du Comité. La question de savoir si la commodité et les besoins du public nécessitent l'accomplissement de certains actes, n'est pas une question de fait. C'est l'expression d'une opinion. Le texte des ordonnances reproduit le texte de la loi et la prétention qu'elles sont fondées sur des conclusions négatives ne sont pas justifiées.

Il appert des ordonnances elles-mêmes et des circonstances que la preuve était suffisante pour fonder l'opinion de la Commission. Pour conclure autrement, la Cour d'appel fédérale s'est apparemment appuyée sur un certain nombre de déclarations faites devant elle par l'avocat de la Commission. Ces déclarations ne pouvaient entraîner des modifications à des ordonnances soumises à l'examen de la Cour.

Quant au défaut d'avis régulier, cette conclusion n'est pas fondée. Kenting connaissait non seulement les mesures envisagées mais aussi les faits et autres motifs à l'appui et elle n'a pas fourni à la Commission la preuve nécessaire qu'elle était en mesure de fournir les services dans tous les groupes.

Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sydenham Gas & Petroleum Co. Ltd., [1957] S.C.R. 185; *Memorial Gardens Association (Canada) Limited v. Colwood Cemetery Company et al.*, [1958] S.C.R. 353 referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ setting aside orders of the Air Transport Committee. Appeal allowed.

S. Froomkin, for the appellant.

B. A. Crane, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—The appeal, authorized by special leave, raises various questions around the “public convenience and necessity” test prescribed by s. 16, para. 8 of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3, whereby the following power is given to the Canadian Transport Commission:

The Commission may suspend, cancel or amend any licence or any part thereof where, in the opinion of the Commission, the public convenience and necessity so requires.

The respondent is the transferee of two licences previously held by Kenting Aircraft Limited authorizing the operation of two commercial air services on a charter basis for domestic and international uses. The Air Carrier Regulations prior to the dates relevant to the present appeal did not restrict the licensee to any special type of aircraft. However, on May 5, 1972, new regulations established new groups for aircraft based on their maximum authorized take-off weight on wheels and on September 8, 1972, a letter was addressed by the Commission to Kenting, the second paragraph of which read:

It is now proposed to amend all Class 4 charter licences to reflect the new grouping(s). The new grouping(s) to be authorized by the above licence is (are) intended to cover all the aircraft now operated under its authority, based on your current charter tariff on file with the Canadian Transport Commission. On the reverse of this letter there is a table showing the aircraft types listed in

Arrêts mentionnés: *Union Gas Co. of Canada Ltd. c. Sydenham Gas and Petroleum Co. Ltd.* [1957] R.C.S. 185; *Memorial Gardens Association (Canada) Limited c. Colwood Cemetery Company et al.*, [1958] R.C.S. 353.

POURVOI à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel fédérale¹ qui infirmait des ordonnances du Comité aérien des transports. Pourvoi accueilli.

S. Froomkin, pour l'appelante.

B. A. Crane, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Ce pourvoi, formé sur permission spéciale, soulève diverses questions ayant trait à la norme de «la commodité et des besoins du public» prévue au par. 8 de l'art. 16 de la *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, c. A-3. Ce paragraphe confère à la Commission canadienne des transports les pouvoirs suivants:

La Commission peut suspendre, annuler ou modifier la totalité ou toute partie d'un permis, si, à son avis, la commodité et les besoins de public l'exigent.

L'intimée est cessionnaire de deux permis détenus auparavant par Kenting Aircraft Limited autorisant l'exploitation de deux services aériens commerciaux d'affrètement, l'un national et l'autre international. Les Règlements sur les transporteurs aériens, antérieurs aux dates pertinentes en l'espèce, ne soumettaient le détenteur du permis à aucune restriction quant à un type particulier d'aéronef. Toutefois, le 5 mai 1972, de nouveaux règlements établissaient des groupes nouveaux pour les aéronefs d'après leur poids maximal autorisé au décollage sur roues. Le 8 septembre 1972, la Commission envoyait une lettre à Kenting, dont voici le deuxième alinéa:

[TRADUCTION] On propose maintenant de modifier tous les permis relatifs aux services d'affrètement de la classe 4 pour refléter les nouveaux groupements. Les nouveaux groupements qu'autorisera le permis susmentionné ont pour but de couvrir tous les aéronefs actuellement exploités en vertu de ce permis, sur la base de votre tarif d'affrètement actuel déposé à la Commission canadienne

¹ [1974] 2 F.C. 597.

¹ [1974] 2 C.F. 597.

your charter tariff and the new groups to which they belong.

The table mentioned in this quotation was duly completed and executed by the company. As it indicated that at the time Kenting owned only five types of aircraft belonging to the new groupings known as B, C, D and E, Kenting's solicitor, on October 6, 1972, made representations in a lengthy letter to the effect that Kenting should nevertheless receive "the additional allocation of groups A, F, G and H" because, although Kenting did not at the time own aircraft belonging to these groups, it intended to use aircraft of that type "within the reasonable foreseeable future". No further representations were made before the Commission which, through its Air Transport Committee, issued, on April 30, 1973, its order A-371 dealing with the domestic licence:

IN THE MATTER OF the operations of a commercial air service by Kenting Aircraft Limited and of the provisions of Section 4 of the Air Carrier Regulations, as amended—Licence No. A.T.B. 793/56(C)

File No. 2-K31-8A

WHEREAS by Licence No. A.T.B. 793/56(C) Kenting Aircraft Limited is authorized to operate the commercial air services set out therein using Groups A and B aircraft (old grouping), from a base at Toronto, Ontario.

WHEREAS by registered letter dated September 8th, 1972, the Licensee was advised that the Air Transport Committee proposed to amend the said Licence pursuant to the provisions of Section 4 of the Air Carrier Regulations, as amended, regarding the new grouping of aircraft based on the aircraft's maximum authorized take-off weight on wheels;

WHEREAS by the said letter the Licensee was also requested to provide certain particulars regarding the type of aircraft in use and either owned or leased by the Licensee and was invited to make representations with respect to the proposed amendment to the said Licence; and

WHEREAS the Committee, having noted that the Licensee filed representations by letter dated October 6, 1972 in this respect and having considered the representations and all matters relevant to the proposed amendment, finds that the public convenience and necessity

des transports. Au verso de cette lettre, vous trouverez un tableau indiquant les différents types d'aéronefs inscrits sur votre tarif d'affrètement et les nouveaux groupes auxquels ils appartiennent.

Le tableau mentionné dans cet extrait a été rempli et signé par la compagnie. Comme le tableau démontrait qu'à ce moment-là Kenting était propriétaire de seulement cinq types d'aéronefs appartenant aux nouveaux groupes désignés B, C, D et E, le 6 octobre 1972, l'avocat de Kenting a fait valoir, dans une longue lettre, que Kenting devrait néanmoins pouvoir [TRADUCTION] «ajouter l'autorisation d'exploiter des avions du groupe A, F, G et H» parce que, même si Kenting ne possédait pas alors d'aéronef de ces groupes, elle avait l'intention d'utiliser des aéronefs de ces types [TRADUCTION] «dans un avenir assez proche». Aucune autre observation n'a été formulée à la Commission dont le Comité des transports aériens rendit, le 30 avril 1973, l'ordonnance A-371 concernant le permis national:

RELATIVE à l'exploitation d'un service aérien commercial par Kenting Aircraft Limited et aux prescriptions de l'Article 4 du Règlement modifié sur les transporteurs aériens - Permis n° A.T.B. 793/56(C)

Dossier n° 2-K31-8A

ATTENDU que le permis n° A.T.B. 793/56(C) autorise Kenting Aircraft Limited à exploiter les services aériens commerciaux y mentionnés, au moyen d'aéronefs des groupes A et B (ancien groupement), à partir d'une base située à Toronto, Ontario.

ATTENDU que par lettre recommandée du 8 septembre 1972, le titulaire a été informé que le Comité des transports aériens projetait de modifier ledit permis conformément aux prescriptions de l'article 4 du Règlement modifié sur les transporteurs aériens, pour ce qui concerne le nouveau classement des aéronefs selon leur poids maximal autorisé au décollage sur roues;

ATTENDU que ladite lettre demandait également au titulaire de fournir certains détails sur les types d'aéronefs possédés en propre ou pris en location qu'elle utilise, et de formuler éventuellement ses observations sur les modifications envisagées pour ledit permis; et

ATTENDU que le Comité a noté que le titulaire a formulé des observations à cet égard par lettre du 6 octobre 1972 et qu'après avoir examiné ces observations et toutes les questions relatives à la modification proposée, le Comité estime que la commodité et les besoins du

requires the changing of the grouping of aircraft as described in the said Licence to Groups A, B, C, D, E, F, G, and H (new grouping) in pursuance of the provisions of Section 4 of the Air Carrier Regulations, as amended; the Groups A, F, G and H authority to be concurrently suspended for a period of one year or until such time as the Licensee provides evidence that it is ready, willing and able to provide service in these suspended groups, whichever is the lesser. If the Licensee fails to provide the above evidence within the period of one year from the date of this Order, the authority with respect to the suspended groups will be deleted from the Licence without further reference to the Licensee.

IT IS ORDERED THAT:

a) Licence No. A.T.B. 793/56(C) is hereby amended by deleting therefrom Groups A and B aircraft (old grouping) and substituting therefor Groups A, B, C, D, E, F, G and H aircraft (new grouping);

b) Groups A, F, G and H of the said Licence are suspended for a period of one year or until such time as the Licensee provides evidence that it is ready, willing and able to provide service in these suspended groups, whichever is the lesser.

c) Failure by the Licensee to comply with b) above within one year from the date of this Order will result in the immediate cancellation of the authority without further notice.

This Order shall form part of Licence No. A.T.B. 793/56(C) and shall remain attached thereto.

It should be noted that at that time Kenting still did not own nor lease any aircraft belonging to the new groupings A, F, G and H.

The domestic licence having thus been amended, the Air Transport Committee of the appelland Commission turned its attention to the international services of Kenting and on November 30, 1973, wrote that company as follows:

As you are aware, Section 4 of the Air Carrier Regulations, dated May 5, 1972, Registration No. SOR/72-145, established new groups for aircraft based on their maximum authorized take-off weight on wheels for commercial air service operations. By this time your Class 4 Charter licence(s) has been or is in the process of being amended to reflect the new groupings.

public exigent une modification en changeant la désignation des groupes d'aéronefs définis audit permis en celle d'aéronefs des groupes A, B, C, D, E, F, G et H (nouveau groupement), conformément aux prescriptions de l'article 4 du Règlement modifié sur les transporteurs aériens; l'autorisation d'exploiter des aéronefs des groupes A, F, G et H sera suspendue concurremment pour une période de un an ou jusqu'au moment où le titulaire fournira la preuve qu'il est prêt, disposé et apte à assurer le service dans les groupes ayant fait l'objet de la suspension, en prenant en considération la période la plus courte. Si le titulaire néglige de fournir la preuve susmentionnée dans un délai d'un an à dater de la présente ordonnance, l'autorisation relative aux groupes suspendus sera supprimée du permis sans préavis.

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT:

a) Le permis n° A.T.B. 793/56(C) est par les présentes modifié en y supprimant les aéronefs des groupes A et B (ancien groupement) et en les remplaçant par les aéronefs des groupes A, B, C, D, E, F, G et H (nouveau groupement).

b) Les groupes A, F, G et H dudit permis sont suspendus pour une période d'un an ou jusqu'au moment où le titulaire fournira la preuve qu'il est prêt, disposé et apte à assurer le service dans ces groupes suspendus, en prenant en considération la période la plus courte.

c) Si, dans un délai d'un an à dater de la présente ordonnance, le titulaire néglige de se conformer à la prescription b) ci-dessus, l'autorisation sera immédiatement supprimée sans préavis,

La présente ordonnance doit faire partie du permis n° A.T.B. 793/56(C) et y demeurer annexée.

Il convient de signaler qu'à l'époque Kenting ne possédait ni ne louait d'aéronefs appartenant aux nouveaux groupes A, F, G et H.

Après ces modifications au permis national, le Comité des transports aériens de la Commission a examiné ensuite les services internationaux de Kenting et le 30 novembre 1973, il écrivait à la compagnie ce qui suit:

[TRADUCTION] Comme vous le savez sans doute, l'article 4 du Règlement sur les transporteurs aériens, en date du 5 mai 1972, enregistré sous le numéro DORS/72-145, a établi de nouveaux groupes d'avions fondés sur le poids maximal autorisé au décollage, sur roues, pour les opérations de services aériens commerciaux. Votre permis d'affrètement de la classe 4 a été modifié ou est actuellement en cours de modification en conformité de cette nouvelle situation.

It is now proposed to amend your complementary Class 9-4 International Charter licence to correspond to the new groupings authorized by your Class 4 Charter licence from the same base. However, before doing so, the Committee would appreciate your comments on this proposal. You are requested to reply on or before January 7, 1974.

It should be noted that the domestic and international operations were under the same roof and carried out with the same aircraft. No reply was ever made as such to that letter of November 30, 1973.

However, on December 4, 1973, notice was given by Kenting's solicitor to the Air Transport Committee of a proposed transaction between Kenting and a company to be formed (which eventually became the present respondent). The last paragraph of that letter of December 4 reads:

The purchasing company is now in the process of being incorporated and we will advise you within the next 10 days as to the name of the said company. The details of incorporation have already been set out in the Application together with the undertaking to file copies of the actual incorporation documents with you.

By a telex dated April 18, 1974, Kenting's solicitor applied for an extension of the period of suspension mentioned in the Order of April 30, 1973, and requested a decision in regard to the transfer mentioned in the letter of December 4, 1973.

The application for an extension was turned down and Kenting's solicitor was so advised by a telex dated April 24, 1974. The following day, Kenting, through its solicitor, requested advice as to the current status of its application relative to the transfer and followed this with a long telex dated April 30, 1974, underlining in particular the fact that Kenting and the company "are ready, willing and able, as of today, to provide charter commercial air services utilizing group G type aircraft".

Nous nous proposons maintenant de modifier votre permis international d'affrètement, de la classe 9-4, pour le faire correspondre aux nouveaux groupements autorisés par votre permis d'affrètement de la classe 4, à partir de la même base. Cependant, avant de le faire, le Comité apprécierait vos commentaires sur une telle proposition. Nous vous demandons de répondre au plus tard le 7 janvier 1974.

Il y a lieu de remarquer que les services nationaux et internationaux étaient exploités ensemble au moyen des mêmes aéronefs. Cette lettre du 30 novembre 1973 resta sans réponse directe.

Toutefois, le 4 décembre 1973 l'avocat de Kenting envoya au Comité des transports aériens un avis d'une opération envisagée entre Kenting et une compagnie à être constituée (qui est devenue par la suite la présente intimée). Voici le dernier paragraphe de cette lettre du 4 décembre:

[TRADUCTION] Les formalités de constitution de la compagnie acheteuse sont maintenant en cours et nous vous informerons dans les 10 prochains jours du nom de cette compagnie. Les modalités de la constitution de la compagnie ont déjà été énoncées dans la demande ainsi que l'engagement de notre part de vous faire parvenir des copies des documents relatifs à la constitution dès qu'elle sera effective.

Dans un message télex en date du 18 avril 1974, l'avocat de Kenting demanda une prorogation de la période de suspension mentionnée dans l'ordonnance du 30 avril 1973. Il pria aussi le Comité de faire connaître sa décision à l'égard du transfert mentionné dans la lettre du 4 décembre 1973.

La demande de prorogation fut rejetée et l'avocat de Kenting en fut informé par un message télex daté du 24 avril 1974. Le lendemain, Kenting, par l'intermédiaire de son avocat, demanda des renseignements sur l'état de sa demande relative au transfert et expédia ensuite un long message télex, en date du 30 avril 1974, soulignant en particulier le fait que Kenting et la compagnie [TRADUCTION] «sont prêtes, disposées et aptes, dès aujourd'hui, à fournir des services aériens commerciaux d'affrètement utilisant des avions du type groupe G».

In May 1974, the Air Transport Committee wrote two letters to Kenting's solicitor. The first one dated May 2nd reads:

I am instructed to advise you that your telex of April 30, 1974, is under consideration by the Committee

It has been noted, however, that in your letter of December 4, 1973 you undertook to advise the Committee 'within the next 10 days' as to the name of the purchasing company. As we do not appear to have received this information, you are requested to provide evidence that such a company is in existence, its name and the date of its incorporation.

and the second one, May 16, is in the following terms:

In reference to your letter of December 4, 1973, the Committee requests information regarding the existence of the new Company, its name and the date of incorporation.

It is only on May 23 that the requested information was supplied by Kenting through its solicitor.

On May 31, 1974, the licences held by Kenting were amended. Order A-422 dealing with the domestic licence reads:

IN THE MATTER of the operation of a commercial air service by Kenting Aircraft Ltd. and of the provisions of Section 4 of the Air Carrier Regulations, as amended—Licence No. A.T.B. 793/56(C).

File No. 2-K136-1A.

WHEREAS by Order No. 1973-A-371 dated April 30, 1973:

'(a) Licence No. A.T.B. 793/56(C) is hereby amended by deleting therefrom Groups A and B aircraft (old grouping) and substituting therefor Groups A, B, C, D, E, F, G and H aircraft (new grouping);

(b) Groups A, F, G and H of the said Licence are suspended for a period of one year or until such time as the Licensee provides evidence that it is ready, willing and able to provide service in these suspended groups, whichever is the lesser;

(c) Failure by the Licensee to comply with (b) above within one year of the date of this Order will result in the immediate cancellation of the authority without further notice.'

Au cours du mois de mai 1974, le Comité des transports aériens écrivit deux lettres à l'avocat de Kenting. La première, en date du 2 mai, se lit comme suit:

[TRADUCTION] On me charge de vous informer que le Comité étudie votre message télex du 30 avril 1974.

Dans votre lettre du 4 décembre 1973, vous vous êtes engagé à informer le Comité «dans les dix prochains jours» du nom de la compagnie acheteuse. Comme nous n'avons pas reçu ces renseignements, nous vous demandons de fournir la preuve de l'existence de la compagnie et de nous donner son nom et la date de sa constitution.

et la seconde, du 16 mai, mentionnait ceci:

[TRADUCTION] Suite à votre lettre du 4 décembre 1973, le Comité demande des renseignements sur l'existence de la nouvelle compagnie, son nom et la date de sa constitution.

Ce n'est que le 23 mai que Kenting, par l'intermédiaire de son avocat, fit parvenir les renseignements demandés.

Le 31 mai 1974, les permis détenus par Kenting furent modifiés. Voici l'ordonnance A-422 ayant trait au permis national:

RELATIVE à l'exploitation d'un service aérien commercial par Kenting Aircraft Limited et aux prescriptions de l'Article 4 du Règlement modifié sur les transporteurs aériens—Permis n° A.T.B. 793/56(C).

Dossier n° 2-K136-1A

ATTENDU que l'ordonnance n° 1973-A-371, en date du 30 avril 1973, prescrit ce qui suit:

«(a) Le permis n° A.T.B. 793/56(C) est par les présentes modifié en y supprimant les aéronefs des groupes A et B (ancien groupement) et en les remplaçant par les aéronefs des groupes A, B, C, D, E, F, G et H (nouveau groupement).

(b) Les groupes A, F, G et H dudit permis sont suspendus pour une période d'un an ou jusqu'au moment où la titulaire fournira la preuve qu'elle est prête, disposée et apte à assurer le service dans ces groupes suspendus, en prenant en considération la période la plus courte.

(c) Si, dans un délai d'un an à dater de la présente ordonnance, le titulaire néglige de se conformer à la prescription b) ci-dessus, l'autorisation sera immédiatement supprimée sans préavis.»

WHEREAS by telex dated April 18th, 1974 the Licensee applied for an amendment of Order No. 1973-A-371, extending the period of suspension of Groups A, F, G and H of the said Licence until September 30th, 1974, which application was denied;

WHEREAS by telex dated April 30th, 1974, the Licensee made further representations to the Committee;

WHEREAS the Committee has considered the representations of the Licensee and finds that the public convenience and necessity requires amendment of Licence No. A.T.B. 793/56(C) by cancelling authority to operate Groups A, F, G and H aircraft under the said Licence.

IT IS ORDERED THAT:

Licence No. A.T.B. 793/56(C) is hereby amended by cancelling authority to operate Groups A, F, G and H aircraft under the said Licence.

This Order shall form part of Licence No. A.T.B. 793/56(C) and shall remain attached thereto.

Order A-423 dealing with the international services is in the following terms:

IN THE MATTER OF the operation of a commercial air service by Kenting Aircraft Ltd. and of the provisions of Section 4 of the Air Carrier Regulations, as amended—Licence No. A.T.B. 233/56(CF).

File No. 2-K-136-2A

WHEREAS by Licence No. A.T.B. 233/56(CF) Kenting Aircraft Ltd. is authorized to operate the commercial air service set out therein at a base at Toronto, Ontario.

WHEREAS by registered letter dated November 30, 1973 the Licensee was advised that the Air Transport Committee proposed to amend the said Licence pursuant to the provisions of Section 4 of the Air Carrier Regulations, as amended, to correspond to the new groups authorized by the Licensee's Class 4 Charter licence from the same base;

WHEREAS by the said letter, the Licensee was invited to make representations with respect to the proposed amendment to the said Licence;

WHEREAS the Licensee did not file any representations in response to the said letter;

WHEREAS by Licence No. A.T.B. 793/56(C), the Class 4 and Class 7 Licence of Kenting Aircraft Ltd. at Toronto, Ontario, as amended by Order No. 1974-A-422, the Licensee is authorized to operate Groups B, C, D and E aircraft;

ATTENDU que par télex daté du 18 avril 1974, la titulaire a demandé la modification de l'ordonnance n° 1973-A-371 pour que la suppression des groupes A, F, G et H soit prorogée jusqu'au 30 septembre 1974, laquelle demande a été rejetée;

ATTENDU que par télex daté du 30 avril 1974, la titulaire a présenté d'autres observations au Comité;

ATTENDU que le Comité, ayant étudié les observations de la titulaire, dit que la commodité et les besoins du public exigent la modification du permis A.T.B. 793/56(C) par l'annulation de l'autorisation d'exploiter les aéronefs des groupes A, F, G et H sous le couvert dudit permis.

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT:

Le permis A.T.B. 793/56(C) est par les présentes modifié par l'annulation de l'autorisation d'exploiter les aéronefs des groupes A, F, G et H sous le couvert dudit permis.

La présente ordonnance fera partie intégrante du permis A.T.B. 793/56(C) et y sera fixée à demeure.

Voici l'ordonnance A-423 concernant les services internationaux:

RELATIVE à l'exploitation d'un service aérien commercial par Kenting Aircraft Limited et aux prescriptions de l'Article 4 du Règlement modifié sur les transporteurs aériens—Permis A.T.B. 233/56(CF).

Dossier n° 2-K-136-2A

ATTENDU que le permis A.T.B. 233/56(CF) autorise Kenting Aircraft Ltd. à exploiter, à partir d'une base située à Toronto (Ontario), le service aérien commercial y indiqué.

ATTENDU que par lettre recommandée du 30 novembre 1973, la titulaire a été informée que le Comité des transports aériens projetait de modifier ledit permis, en conformité de l'article 4 du Règlement modifié sur les transporteurs aériens, pour qu'il corresponde aux nouveaux groupes que la titulaire est autorisée à exploiter, par son permis de classe 4 (affrètement), à partir de cette base;

ATTENDU que ladite lettre invitait la titulaire à formuler des observations relatives à la modification proposée audit permis;

ATTENDU que la titulaire n'a déposé aucune observation en réponse à ladite lettre;

ATTENDU que le permis A.T.B. 793/56(C) de classe 4 et de classe 7 de Kenting Aircraft Ltd. pour la base de Toronto (Ontario), modifié par l'ordonnance n° 1974-A-422, autorise la titulaire à exploiter les aéronefs des groupes B, C, D et E;

WHEREAS the Committee has considered all matters relevant to the proposed amendment, and finds that the public convenience and necessity requires amendment of Licence No. A.T.B. 233/56(CF) by cancelling Condition No. 7 and substituting therefor the following:

'The Licensee is restricted in its operation to Groups B, C, D and E aircraft.'

IT IS ORDERED THAT:

Condition No. 7 of Licence No. A.T.B. 233/56(CF) is hereby cancelled and the following substituted therefor:

'The Licensee is restricted in its operation to Groups B, C, D and E aircraft.'

This Order shall form part of Licence No. A.T.B. 233/56(CF) and shall remain attached thereto.

On the same date, namely May 31, 1974, by Order A-424, the transfer from Kenting to the respondent was approved (in the words of the Order 'not disallowed').

Worldways appealed Orders 422 and 423 to the Federal Court of Appeal submitting that under s. 28 of the *Federal Court Act*, as well as under s. 64(2) of the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, these two Orders should be reviewed and set aside. Of course, this result could only be achieved if the Commission, through its Air Transport Committee, had committed an error of law, had exceeded its jurisdiction, had made a finding of fact in a perverse or capricious manner or had failed to observe a principle of natural justice. The Federal Court of Appeal agreed with the submissions of Worldways and came to the conclusion that the Orders were voidable and should be repealed.

This conclusion, if I read correctly the reasons for judgment delivered by Mahoney J., speaking for the Court, is based on three grounds:

- (1) in law, the Air Transport Committee erred in not determining that the cancellation was "itself required by public convenience and necessity";
- (2) the Committee erred in not looking at the entire evidence;
- (3) the Committee violated a basic principle of natural justice in giving to Kenting a simple

ATTENDU que le Comité, ayant examiné toutes les questions relatives à la modification proposée, dit que la commodité et les besoins du public exigent la modification du permis A.T.B. 233/56(CF) en y annulant la condition n° 7 et en la remplaçant par la suivante:

«dans son exploitation la titulaire est limitée aux aéronefs des groupes B, C, D et E.»

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT:

La condition n° 7 du permis A.T.B. 233/56(CF) est par les présentes annulée et remplacée par la suivante:

«Dans son exploitation, la titulaire est limitée aux aéronefs des groupes B, C, D et E.»

La présente ordonnance fera partie intégrante du permis A.T.B. 233/56(CF) et y sera fixée à demeure.

Le même jour, soit le 31 mai 1974, l'ordonnance A-424 a reconnu le transfert de Kenting à l'intimée («il n'est pas refusé» selon les mots de l'ordonnance).

Worldways a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale et demandé l'examen et l'annulation des ordonnances 422 et 423, tant en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qu'en vertu du par. (2) de l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17. Naturellement, l'appelante ne pouvait avoir gain de cause que si la Commission, par son Comité des transports aériens, avait commis une erreur de droit, excédé sa compétence, tiré une conclusion de fait de façon absurde ou arbitraire ou n'avait pas observé un principe de justice naturelle. La Cour d'appel fédérale a accepté les prétentions de Worldways et en est venue à la conclusion que les ordonnances étaient annulables et qu'elles devraient être révoquées.

Si j'interprète bien les motifs du juge Mahoney, parlant au nom de la Cour, cette conclusion se fonde sur trois motifs:

- (1) le Comité des transports aériens a commis une erreur en droit en ne s'assurant pas que l'annulation était [TRADUCTION] «elle-même requise pour la commodité et les besoins du public»;
- (2) le Comité a commis une erreur en n'examinant pas toute la preuve;
- (3) le Comité n'a pas observé un principe de justice naturelle en signifiant à Kenting un

notice of its proposed action but no notice of the “perceived facts and other reasons on which the proposed action will be based”.

With respect, I cannot share the view of the Federal Court of Appeal and I would set aside its conclusion.

This Court has had occasion to determine in many cases the principles to be applied in a matter of this type. It will be sufficient here to refer to *Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sydenham Gas & Petroleum Co. Ltd.*² where we find, in the reasons of Kerwin C.J., at p. 188:

The Court of Appeal apparently considered that it had power to substitute its opinion for that of the Board, treating the question of public convenience and necessity as a question of fact. I am unable to agree with that view.

The same thought was expressed by Rand J. (p. 190):

What the Court did was to exercise an administrative jurisdiction and to substitute its judgment on the application for that of the Board. In this I think it exceeded its powers. We were referred to no precise or material issue in the appeal on any question of fact or law on which the Court was asked to or did make a finding or a ruling. It was argued, and it seems to have been the view of the Court, that the determination of public convenience and necessity was itself a question of fact, but with that I am unable to agree: it is not an objective existence to be ascertained; the determination is the formulation of an opinion, in this case, the opinion of the Board and of the Board only. In the notice of appeal references to certain findings were made, but what the present respondent sought and obtained was a judgment on the entire controversy. That remedy was, in my opinion, misconceived and the judgment likewise.

In *Memorial Gardens Association (Canada) Limited v. Colwood Cemetery Company et al.*³ Abbott J., speaking for the majority of the Court, had this to say at p. 357:

As this Court held in the *Union Gas* case (*supra*), the question whether public convenience and necessity requires a certain action is not one of fact. It is predominantly the formulation of an opinion. Facts must, of

simple avis de l'action envisagée, sans lui signifier d'avis portant «sur la situation telle qu'elle est comprise et les autres motifs sur lesquels l'action envisagée est fondée».

Respectueusement, je ne puis souscrire à l'opinion de la Cour d'appel fédérale et j'infirmerais sa conclusion.

A plusieurs reprises, cette Cour a eu l'occasion de préciser les principes applicables à une affaire de cette nature. Il suffit en l'espèce de mentionner l'arrêt *Union Gas Co. of Canada Ltd. c. Sydenham Gas & Petroleum Co. Ltd.*², où le juge en chef Kerwin dit à la p. 188:

[TRADUCTION] Apparemment, la Cour d'appel a conclu qu'elle avait le pouvoir de substituer son opinion à celle du Comité, traitant la question de la commodité et des besoins du public comme une question de fait. Je ne puis souscrire à cette opinion.

Le juge Rand a exprimé le même point de vue (à la p. 190):

[TRADUCTION] La Cour a exercé une compétence administrative et a substitué sa décision sur la demande à celle du Comité. A mon avis, elle a alors excédé sa compétence. L'appel ne fait l'objet d'aucune question précise ou d'importance en matière de fait ou de droit sur laquelle la Cour devait se prononcer ou s'est effectivement prononcée. On a prétendu, et la Cour a semblé d'accord, que l'appréciation de la commodité et des besoins du public est elle-même une question de fait, mais je ne puis souscrire à cette opinion: il ne s'agit pas de déterminer si objectivement telle situation existe. La décision consiste à exprimer une opinion, en l'espèce, l'opinion du Comité et du Comité seulement. Dans l'avis d'appel, on renvoie à certaines conclusions mais ce que l'intimée, demandait et a obtenu, c'est un jugement sur l'ensemble du litige. A mon avis, le redressement accordé aussi bien que le jugement résultent d'une mauvaise compréhension de la question en litige.

Dans l'arrêt *Memorial Gardens Association (Canada) Limited c. Colwood Cemetery Company et al.*³ le juge Abbott, au nom de la majorité de cette Cour, déclarait ceci, à la p. 357:

[TRADUCTION] Comme cette Cour l'a décidé dans l'affaire *Union Gas* (*supra*), la question de savoir si la commodité et les besoins du public nécessitent l'accomplissement de certains actes, n'est pas une question de

² [1957] S.C.R. 185.

³ [1958] S.C.R. 353.

² [1957] R.C.S. 185.

³ [1958] R.C.S. 353.

course, be established to justify a decision by the Commission but that decision is one which cannot be made without a substantial exercise of administrative discretion. In delegating this administrative discretion to the Commission the Legislature has delegated to that body the responsibility of deciding, in the public interest, the need and desirability of additional cemetery facilities, and in reaching that decision the degree of need and of desirability is left to the discretion of the Commission.

In the case at bar, the words of the Orders are those of the statute itself and I cannot find any justification for the suggestion that the Orders are based on negative findings and not on positive ones.

That there was evidence to support the opinion of the Commission is apparent from the Orders themselves, as well as from the circumstances summarized above. To reach a different opinion, the Federal Court of Appeal relied in particular on a number of assertions that were apparently made before it by counsel for the Commission. In my view, statements by counsel in their arguments before a Court, even when they act on behalf of an administrative tribunal, cannot be given the effect of modifying the Orders under consideration by the Court.

As to the third ground, namely the lack of proper notice, I fail to appreciate its basis. The documents exchanged between the parties make it clear that under its new regulations prescribing new groupings, the Commission would look at the situation then prevailing to determine what type of operations would be authorized. Following this study, the licensee had more than a year to present the facts that would permit the Commission to reassess the situation and it failed to do so within the prescribed period. In my view, Kenting had complete notice not only of the proposed action but of the facts and other reasons forming the basis thereof and it failed to provide the Commission with the necessary evidence that it was ready, able and willing to supply its services in all groupings.

For these reasons, I cannot find that the Orders of the appellant Commission should be set aside. The appeal should be allowed with costs through-

fait. C'est avant tout l'expression d'une opinion. Il faut évidemment que la décision de la Commission se fonde sur des faits mis en preuve, mais cette décision ne peut être prise sans que la discrétion administrative y joue un rôle important. En conférant à la Commission ce pouvoir discrétionnaire, la Législature a délégué à cet organisme la responsabilité de décider, dans l'intérêt du public, du besoin et de l'opportunité de créer d'autres cimetières, et ces facteurs sont laissés à l'appréciation de la Commission.

Dans la présente cause, le texte des ordonnances reproduit le texte de la loi et je ne vois pas comment se justifie la prétention que les ordonnances sont fondées sur des conclusions négatives et non sur des conclusions positives.

Il appert des ordonnances elles-mêmes et des circonstances résumées ci-dessus, que la preuve est suffisante pour fonder l'opinion de la Commission. Dans son arrêt infirmatif, la Cour d'appel fédérale s'appuie en particulier sur un certain nombre de déclarations faites apparemment devant la Cour par l'avocat de la Commission. A mon avis, les déclarations des avocats pendant leur plaidoirie, même si ces avocats représentent des tribunaux administratifs, ne peuvent entraîner des modifications à des ordonnances soumises à l'examen de la Cour.

Quant au troisième motif, c'est-à-dire le défaut d'avis régulier, je n'en vois pas le fondement. Les documents échangés entre les parties indiquent clairement que la Commission, conformément à ses nouveaux règlements décrétant des groupes nouveaux, procéderait à l'examen de la situation existant alors pour décider de la nature des services à autoriser. Le détenteur du permis avait encore par la suite un an pour soumettre à la Commission des faits qui auraient permis à cette dernière de réexaminer la situation, mais il ne l'a pas fait dans le délai prescrit. A mon avis, Kenting connaissait non seulement les mesures envisagées mais aussi les faits et autres motifs à l'appui et elle n'a pas fourni à la Commission la preuve nécessaire qu'elle était prête, disposée et apte à fournir les services dans tous les groupes.

Pour ces motifs, je ne puis conclure que les ordonnances de la Commission appelante devraient être infirmées. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi

out; these costs should not include disbursements nor fees in connection with the appeal case which was not prepared in accordance with the rules of this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Gowling & Henderson, Ottawa.

avec dépens dans toutes les cours; ces dépens ne comprennent pas les déboursés ni les honoraires relatifs au dossier imprimé qui n'a pas été préparé conformément aux règles de cette Cour.

Appel accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Sous-Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Gowling & Henderson, Ottawa.

Joseph Marcoux and Albert Solomon
Appellants;

and

Her Majesty the Queen *Respondent.*

1974: October 30; 1975: March 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility—Self-incrimination—Identification—Admissibility of evidence of refusal of identification line-up.

At the trial of the accused before judge and jury on the charge of breaking and entering and theft the identification of Marcoux was the critical issue. After the arrest of the accused, Marcoux had been asked whether he would participate in a line-up. He had refused. Later that morning the alleged victim was shown two men walking down a hallway and identified one of them, Marcoux, as the person he had seen earlier in his hotel bedroom. The trial judge admitted evidence that Marcoux had refused to participate in a line-up and the appellants were convicted. The case went to appeal on the grounds that the evidence that Marcoux refused to participate in the line-up was inadmissible and that the trial judge should have instructed the jury that they could draw no adverse inference from such refusal. The Court of Appeal was of the opinion that the appeal should fail.

Held: The appeal should be dismissed.

The exhibition of the person of an accused at a police line-up for observation by an alleged victim is not itself a violation of the privilege against self incrimination. It should not be overlooked that the use of force to compel participation in a line-up may raise a question as to the powers of the police in relation to detained persons. Reasonable compulsion to this end is an incident to the police power to arrest and investigate. The evidence of Marcoux's refusal to take part in a line-up was admissible in the present case, not for the purpose of proving guilt, but to explain the failure to hold an identification parade and the necessity, as a result, to have the witness confront Marcoux. The trial judge did not err in mentioning to the jury the accused's refusal to participate in

Joseph Marcoux et Albert Solomon
Appellants;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée.*

1974: le 30 octobre; 1975: le 7 mars.

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

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

Droit criminel—Preuve—Recevabilité—Auto-incrimination—Identification—Recevabilité de la preuve du refus de participer à une parade d'identification.

Au procès des accusés devant juge et jury pour introduction par effraction et vol, l'identification de Marcoux a été la question décisive. Après l'arrestation des accusés, on a demandé à Marcoux de participer à une parade d'identification. Il a refusé. Plus tard au cours de l'avant-midi, la prétendue victime à qui l'on montrait deux hommes marchant dans un corridor, identifia l'un d'eux, soit Marcoux, comme la personne qu'il avait vue plus tôt dans sa chambre à l'hôtel. Le juge de première instance a jugé recevable la preuve du refus de Marcoux de participer à une parade d'identification et les appellants ont été déclarés coupables. Un appel a été interjeté pour les motifs que la preuve que Marcoux avait refusé de participer à la parade d'identification était irrecevable et que le juge de première instance aurait dû mentionner dans ses directives au jury qu'il ne pouvait tirer de ce refus de conclusion défavorable à l'accusé. La Cour d'appel a décidé de ne pas accueillir l'appel.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Faire participer un prévenu à une parade d'identification aux fins d'observation par une présumée victime ne constitue pas en soi une violation de privilège contre l'auto-incrimination. Il ne faut pas oublier que l'emploi de la force pour contraindre à participer à une parade d'identification peut soulever une question quant aux limites des pouvoirs de la police à l'égard des personnes détenues. A cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est accessoire au pouvoir de la police de faire enquête et d'effectuer des arrestations. La preuve du refus par Marcoux de participer à une parade d'identification était recevable en l'espèce, non en vue de prouver la culpabilité, mais pour expliquer le défaut de procéder à une parade d'identification et la nécessité, comme

a line-up.

Evidence of the offer and refusal of a line-up will not, however, be relevant and admissible in every case in which the identification of an accused is in issue. Admissibility depends on the circumstances of the case. If at trial, the Crown has to explain the omission of a line-up or accept the possibility of the jury drawing an adverse inference then it would seem that evidence of refusal is both relevant and admissible. In other circumstances such evidence should not normally be tendered as it might impinge upon the presumption of innocence and leave the jury with the impression that there is a duty on the accused to prove his innocence.

R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada Ltd., [1971] 2 O.R. 3; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *A.-G. (Qué.) v. Bégin*, [1955] S.C.R. 593; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *Holt v. United States* (1910), 218 U.S. 245; *Schmerber v. California* (1966), 384 U.S. 757; *United States v. Wade* (1967), 388 U.S. 218; *R. v. Burns*, [1965] 2 O.R. 563; *R. v. Shaw* (1964), 48 W.W.R. 190; *Rochin v. California* (1952), 342 U.S. 165; *Dallison v. Caffery*, [1965] 1 Q.B. 348; *R. v. Brager* (1965), 52 W.W.R. 509; *People v. Ballott* (1967), 20 N.Y. 2d 600; *R. v. Seiga*, [1961] Crim. L.R. 541; *R. v. John*, (abridged) [1973] Crim. L.R. 113 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal by the accused from their convictions by Graburn Co. Ct. J. sitting with a jury on a charge of breaking and entering and theft. Appeal dismissed.

R. Carter, for the appellants.

C. Scullion, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—An important pre-trial step in many criminal prosecutions is the identification of the accused by the alleged victim. Apart from identification with the aid of a photograph or

¹ [1973] 3 O.R. 861.

conséquence, d'avoir mis Marcoux en présence du témoin. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en mentionnant au jury le refus du prévenu de participer à une parade d'identification.

La preuve de l'offre et du refus d'une parade d'identification ne sera toutefois pas pertinente et recevable dans tous les cas où la question de l'identification du prévenu est en litige. La recevabilité dépendra des circonstances en cause. S'il arrive au procès que le ministère public doit expliquer l'omission d'une parade d'identification ou accepter la possibilité que le jury en tire une conclusion défavorable, alors dans les circonstances, il semblerait que la preuve du refus soit à la fois pertinente et recevable. En d'autres circonstances, une telle preuve ne devrait pas être soumise car elle peut influencer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu a l'obligation de prouver son innocence.

Arrêts mentionnés: *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada Ltd.*, [1971] 2 O.R. 3; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Proc. Gén. (Qué.) c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593; *Le renvoi sur la validité de l'art. 92(4) du Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *Holt v. United States* (1910), 218 U.S. 245; *Schmerber v. California* (1966), 384 U.S. 757; *United States v. Wade* (1967), 388 U.S. 218; *R. v. Burns*, [1965] 2 O.R. 563; *R. v. Shaw* (1964), 48 W.W.R. 190; *Rochin v. California* (1952), 342, U.S. 165; *Dallison v. Caffery*, [1965] 1 Q.B. 348; *R. v. Brager* (1965), 52 W.W.R. 509; *People v. Ballott* (1967), 20 N.Y. 2d 600; *R. v. Seiga*, [1961] Crim. L.R. 541; *R. v. John*, (résumé) [1973] Crim. L.R. 113.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel des accusés de leurs déclarations de culpabilité prononcées par le juge Graburn siégeant avec jury, sous l'accusation d'introduction avec effraction et de vol. Pourvoi rejeté.

R. Carter, pour les appelants.

C. Scullion, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Dans de nombreuses poursuites criminelles, une étape importante avant le procès est l'identification de l'accusé par la présumée victime. Mise à part l'identification à l'aide

¹ [1973] 3 O.R. 861.

photographs, the identification procedure adopted by the police officers will normally be one of two types: (i) the showup—of a single suspect; (ii) the line-up—presentation of the suspect as part of a group. In this case the accused Marcoux refused a line-up and a showup followed.

The question is whether there was error on the part of the trial judge in admitting evidence of the refusal. The question also arises whether, the evidence having been admitted, there was error in failing to instruct the jury that Marcoux had a legal right to refuse to participate in a line-up and no adverse inference could be drawn from refusal. The two accused were tried and convicted before a judge and jury at the City of Toronto on the charge of breaking and entering and theft of a wallet. The theory of the Crown was that Marcoux in early morning had entered a hotel room occupied by Gerard Fleskes and his wife, that Fleskes had awakened and had spoken, whereupon Marcoux fled, taking Fleskes' wallet, and escaped in a car in which the co-accused Solomon was waiting. A bellman at the hotel recorded the licence number of the departing car. The critical issue at trial was the identification of Marcoux by Fleskes. The two accused were arrested shortly after the theft and escorted to the police station where one of the investigating officers, Detective Starrett, asked Marcoux whether he would participate in a line-up. Marcoux's refusal was emphatic and unambiguous. Later in the morning Fleskes was shown two men walking down a hallway, one of whom, Marcoux, he identified as the person he had seen earlier in his hotel bedroom. Five minutes later Fleskes was taken to a room occupied by Marcoux and a police constable, and there confronted Marcoux, and gave the classic response, "Yes, sir, that is him."

At the conclusion of the examination in chief of Fleskes, the trial took an unusual turn. Counsel for

d'une photographie ou de plusieurs, la méthode d'identification pratiquée par les policiers sera normalement l'une des deux suivantes: (i) la confrontation de la victime avec un seul suspect (*the showup*); (ii) la parade d'identification où le suspect est présenté à la victime parmi un groupe (*the line-up*). En l'espèce, l'accusé Marcoux a refusé de se soumettre à la parade d'identification et on a procédé selon la première méthode.

La question en litige est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en jugeant recevable la preuve du refus. Il y a aussi la question de savoir si, la preuve ayant été admise, il y a eu erreur en omettant de mentionner dans les directives au jury que Marcoux avait légalement le droit de refuser de participer à une parade d'identification et qu'aucune conclusion défavorable à l'accusé ne pouvait être tirée du refus. Le procès des deux accusés, inculpés d'introduction par effraction et de vol d'un portefeuille, s'est déroulé devant un juge et un jury à Toronto et ils ont été déclarés coupables. Le ministère public a prétendu que Marcoux s'était introduit tôt le matin dans une chambre d'hôtel occupée par Gérard Fleskes et sa femme, que Fleskes s'était réveillé et avait parlé, sur quoi Marcoux s'était enfui, emportant le portefeuille de Fleskes, dans une voiture dans laquelle le coaccusé Solomon l'attendait. Un chasseur de l'hôtel a noté le numéro d'immatriculation de la voiture des fuyards. La question décisive au procès a été l'identification de Marcoux par Fleskes. Les deux prévenus ont été arrêtés peu de temps après le vol et conduits au poste de police où l'un des enquêteurs, le détective Starrett, a demandé à Marcoux de participer à une parade d'identification. Marcoux a refusé de façon absolue et catégorique. Plus tard au cours de l'avant-midi, on a montré à Fleskes deux hommes qui marchaient dans un corridor, dont l'un d'eux était Marcoux qu'il identifia comme la personne qu'il avait vue plus tôt dans sa chambre. Cinq minutes après, on a conduit Fleskes dans une pièce où se trouvaient Marcoux et un constable. Là, confronté avec Marcoux, il donna la réponse classique, [TRA-DUCTION] «Oui, monsieur, c'est lui».

A la fin de l'interrogatoire principal de Fleskes, le procès a pris une tournure inhabituelle. L'avocat

the accused Solomon, who was not counsel before this Court, moved that the case be then taken from the jury on the ground the evidence of identification was insufficient in law to justify continuance. Counsel questioned the probative value of Fleskes' evidence. He emphasized that the identification had taken place in response to a question by a police officer, "Is that the man?" and while Marcoux was in custody. The motion was denied as premature, and the trial continued. During his evidence in chief Detective Starrett told the jury he had asked Marcoux whether he would participate in a line-up, and Marcoux had refused. Detective Starrett was subjected to vigorous and lengthy cross-examination; in particular counsel faulted him for failure to conduct a line-up or identification parade in accordance with the regulations and procedure of the Metropolitan Toronto Police. It was suggested that Starrett had broken "every rule that is in the book" in parading Marcoux, that it was not "a proper line-up at all in any manner, shape or form", that Marcoux should have been allowed to have a lawyer present to see that the line-up was conducted fairly, that twelve people are supposed to be in the line-up and not just one. At the conclusion of the Crown evidence, the motion for a directed verdict of acquittal was renewed. Counsel for Marcoux maintained that the instructions and pamphlets of the Metropolitan Toronto Police respecting identification parades had been "spat upon" and what had occurred at the police station was a "mockery". It was in the light of this unequivocal, if somewhat intemperate and, in the circumstances, unwarranted, attack on police procedures that the trial judge in the course of his charge to the jury said:

I have one other matter of law that I wish to refer to before reviewing the evidence with you. There is no statutory authority to force an accused person or a suspect or a person at a police station into a line-up. It will be for you to decide on the totality of the evidence what significance you will attach to Mr. Marcoux's refusal to participate in a suggested line-up.

de l'accusé Solomon, qui ne le représentait pas devant cette Cour, a demandé que la cause soit retirée du jury pour le motif que la preuve d'identification était en droit insuffisante pour justifier la poursuite du procès. L'avocat a mis en doute la valeur probante du témoignage de Fleskes. Il a insisté sur le fait que l'identification s'était faite en réponse à la question «est-ce lui?» posée par un policier et alors que Marcoux était détenu. La requête a été refusée comme étant prématurée et le procès s'est poursuivi. Au cours de son témoignage principal, le détective Starrett a dit au jury qu'il avait demandé à Marcoux s'il voulait participer à une parade d'identification et que Marcoux avait refusé. Le détective Starrett a été soumis à un contre-interrogatoire long et serré; en particulier l'avocat l'a blâmé de n'avoir pas fait de parade d'identification conformément aux règlements et à la procédure de la police de la région métropolitaine de Toronto. On a soumis que Starrett avait [TRADUCTION] «fait fi de tous les règlements en usage» en identifiant Marcoux, qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'une parade d'identification tout à fait irrégulière dans la façon, la manière ou le mode de procéder», qu'on aurait dû permettre à Marcoux d'avoir un avocat présent afin de s'assurer que la parade d'identification soit faite équitablement, que douze personnes sont censées participer à la parade d'identification et non seulement une. À la fin de la preuve de la Couronne, on a de nouveau demandé un verdict commandé d'acquiescement. L'avocat de Marcoux a soutenu que les directives et les brochures de la sûreté de la région métropolitaine de Toronto relatives aux parades d'identification avaient été ignorées et que ce qui s'était produit au poste de police était un «simulacre». C'est à la lumière de cette attaque directe, quoiqu'un peu excessive et, dans les circonstances, injustifiée, contre les méthodes de la police que le juge de première instance a déclaré dans ses directives au jury:

[TRADUCTION] Il y a une autre question de droit que j'aimerais mentionner avant de procéder avec vous à l'examen de la preuve. Aucune loi n'oblige un prévenu, un suspect ou une personne détenue dans un poste de police, à participer à une parade d'identification. Il vous incombe de décider d'après l'ensemble de la preuve de l'importance à donner au refus de M. Marcoux de participer à la parade d'identification proposée.

As I have said, the appellants were convicted. The case went to appeal on the grounds that the evidence that Marcoux refused to participate in the police line-up was inadmissible, and the trial judge should have instructed the jury they could draw no adverse inference from such refusal. A majority in the Court of Appeal for Ontario (Schroeder J.A., Jessup J.A. concurring) were of opinion the appeals must fail. Schroeder J.A. said police line-ups were a regular part of police routine when a crime was being investigated in which identification was an issue, that the invitation was extended to Marcoux for no improper purpose and failure to make a line-up or identification parade available might well have been a matter of adverse comment on the part of counsel for the accused. The majority of the Court did not regard the evidence in question to be inadmissible; it was but a circumstance which, together with all other circumstances, the jury were entitled to take into consideration in determining the guilt or innocence of the accused. Brooke J.A. did not agree. The rationale of his dissent is, I think, encapsulated in the following passage of his judgment:

The privilege against self-incrimination vested in the appellant the right to refuse to participate in the line-up. To allow a negative inference to be drawn from the exercise of that right would amount to a partial denial of the right itself.

In my opinion (i) an accused's privilege against self-incrimination is not violated if, while in custody and under pretrial investigation, he is placed in a police line-up; (ii) an issue of police power in respect of detained persons may, however, arise if physical compulsion is necessary; (iii) evidence of refusal to take part in the police line-up was admissible in the circumstances of this case; (iv) this evidence formed part of the totality of the evidence from which the jury was required to draw an inference of innocence or of guilt.

Comme je l'ai dit, les appelants ont été déclarés coupables. Un appel a été interjeté pour les motifs que la preuve que Marcoux avait refusé de participer à la parade d'identification était irrecevable et que le juge de première instance aurait dû mentionner dans ses directives au jury qu'il ne pouvait pas tirer de ce refus de conclusion défavorable à l'accusé. Une majorité de la Cour d'appel de l'Ontario (les opinions des juges d'appel Schroeder et Jessup étant concordantes), a décidé que les appels ne pouvaient être accueillis. Le juge d'appel Schroeder a déclaré que les parades d'identification faisaient régulièrement partie du travail courant de la police lorsque celle-ci faisait enquête relativement à un crime où la question d'identification était en jeu, que l'invitation faite à Marcoux n'était pas irrégulière et le défaut de donner l'occasion de participer à une parade d'identification aurait très bien pu faire l'objet de commentaires défavorables de la part de l'avocat de l'accusé. La majorité de la Cour n'a pas considéré la preuve en question irrecevable; il ne s'agissait que d'une circonstance dont le jury, avec toutes les autres, avait le droit de tenir compte pour décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'inculpé. Le juge d'appel Brooke n'était pas d'accord. Le principe de sa dissidence est, je crois, bien résumé dans le passage suivant de son jugement:

[TRADUCTION] En raison du privilège contre l'auto-incrimination, l'appellant avait le droit de refuser de participer à la parade d'identification. Permettre de tirer une conséquence négative de l'exercice de ce droit équivaldrait à un déni partiel du droit lui-même.

À mon avis, (i) le privilège d'un inculpé contre l'auto-incrimination n'est pas violé s'il est placé dans une parade d'identification lorsqu'il est détenu et qu'il fait l'objet d'une enquête avant le procès; (ii) le pouvoir de la police à l'égard des personnes détenues peut toutefois être mis en question si la contrainte physique s'avère nécessaire; (iii) la preuve du refus de participer à une parade d'identification était recevable dans les circonstances de l'affaire; (iv) cet élément de preuve constituait une partie de l'ensemble de la preuve en vertu de laquelle le jury devait tirer une conclusion d'innocence ou de culpabilité.

I

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. The extent of the maxim is stated in *Broom's Legal Maxims* (10th ed.) as follows, pp. 660-661:

It may be stated as a general rule that *a witness in any proceeding* is privileged from answering, not merely where his answer will criminate him directly but also where it may have a tendency to criminate him.

(Italics added)

See *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada*². This Court in *Curr v. The Queen*³, held that the "history of the privilege as a Canadian derivative from the English common law is accurately reflected in the way it is expressed in s. 2(d)" of the *Canadian Bill of Rights*. Section 2 of the *Bill of Rights* provides that no law of Canada shall be construed or applied so as to:

(d) authorize a court . . . to compel a person to give evidence if he is denied . . . protection against self-incrimination or other constitutional safeguards . . .

Laskin J., as he then was, said at p. 912:

. . . I cannot read s. 2(d) as going any farther than to render inoperative any statutory or non-statutory rule of federal law that would compel a person to criminate himself before a court or like tribunal through the giving of evidence, without concurrently protecting him against its use against him.

The privilege, historically and comprehensively analyzed in 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, pp. 284 *et seq.*, developed in revulsion from the system of interrogation practised in the old ecclesiastical courts and the Star Chamber, *i.e.* summoning a person, without

² [1971] 2 O.R. 3.

³ [1972] S.C.R. 889.

I

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. La portée de la maxime est énoncée dans *Broom's Legal Maxims* (10^e éd.) comme suit, aux pp. 660-661:

[TRADUCTION] On peut énoncer comme principe général qu'un témoin dans toute procédure a le droit de ne pas répondre, non seulement lorsque sa réponse l'incriminerait directement mais aussi lorsqu'elle pourrait tendre à l'incriminer.

(J'ai mis des mots en italiques)

Voir *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, ex parte Corning Glass Works of Canada*². Cette Cour, dans l'arrêt *Curr c. La Reine*³, a statué que «l'évolution, au Canada, de ce privilège, qui est tirée de la *common law* anglaise, est bien représentée dans la façon dont il est énoncé à l'art. 2(d)» de la *Déclaration canadienne des droits*. L'article 2 de la *Déclaration des droits* prévoit que nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

d) autorisant une cour . . . à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse . . . la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel . . .

Le juge Laskin, alors juge puîné, a déclaré à la p. 912:

. . . je ne puis interpréter l'art. 2(d) comme faisant plus que rendre inopérante toute règle de droit fédérale, énoncée dans une loi formelle ou non, qui obligerait quelqu'un à s'accuser devant une cour ou un tribunal semblable en fournissant une preuve, sans en même temps le protéger contre l'utilisation de cette preuve contre lui.

Le privilège, dont une analyse historique et globale est faite dans 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, aux pp. 284 *sqq.*, s'est développé par réaction à la méthode d'interrogatoire pratiquée devant les anciens tribunaux ecclésiastiques et devant la Chambre Étoilée, où

² [1971] 2 O.R. 3.

³ [1972] R.C.S. 889.

giving him warning of the charge against him, and examining him on oath. The general rule evolved that no one was bound to answer any question if the answer would tend to expose him to a criminal charge. As applied to witnesses generally, the privilege must be expressly claimed by the witness when the question is put to him in the witness box, *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5. As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An 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. Bégin*⁴; *In re Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act 1957 (Sask.)*⁵; see also the helpful article "Is there a right against self-incrimination in Canada" by Professor Ed. Ratushny, (1973) 19 McGill Law Journal 1.

American jurisprudence on the Fifth Amendment, which protects a person against being compelled "to be a witness against himself", and Canadian jurisprudence on the privilege against self-incrimination, have followed parallel courses, limiting the application of the privilege to its historic reach, *i.e.* protection against testimonial compulsion. Such a limitation gives rise to a distinction between coerced oral or documentary disclosures which fall within the privilege, and what has been termed "real or physical" evidence, *i.e.* physical evidence taken from a person without his consent, which, broadly speaking, falls outside the privilege.

The leading American case in which this distinction first appears is *Holt v. United States*⁶. There the question was whether evidence was admissible that the accused, prior to trial and over his protest,

l'usage consistait à faire comparaître une personne, sans l'aviser de quoi elle était inculpée, et à l'interroger sous serment. La règle générale a évolué jusqu'à ce que personne ne soit obligé de répondre à une question si la réponse pouvait tendre à l'exposer à une inculpation de nature criminelle. Appliqué aux témoins en général, le privilège doit être expressément invoqué par le témoin lorsqu'il est à la barre et que la question lui est posée, *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, 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*⁴; *Le renvoi sur la validité de l'article 92(4) du Vehicles Act 1957 (Sask.)*⁵; voir aussi l'intéressant article du professeur Ed. Ratushny, «Is there a right against self-incrimination in Canada», (1973) 19 McGill Law Journal 1.

Le droit américain sur le cinquième amendement, qui protège une personne contre la contrainte [TRADUCTION] "de témoigner contre elle-même", et le droit canadien sur le privilège contre l'auto-incrimination ont suivi un cheminement parallèle en limitant l'application du privilège à sa portée historique, *c.-à-d.* assurer une protection contre la contrainte de témoigner. Une telle restriction fait naître une distinction entre des révélations verbales ou écrites obtenues de force lesquelles tombent sous le coup du privilège et ce qu'on a appelé la preuve "réelle ou matérielle", *c.-à-d.* une preuve matérielle qui a été obtenue d'une personne sans son consentement et qui, généralement parlant, n'est pas visée par le privilège.

Aux États-Unis, le cas d'espèce qui fait autorité et qui le premier a fait cette distinction est l'arrêt *Holt v. United States*⁶. En cette affaire-là, la question était de savoir si la preuve que l'accusé,

⁴ [1955] S.C.R. 593.

⁵ [1958] S.C.R. 608.

⁶ (1910), 218 U.S. 245.

⁴ [1955] R.C.S. 593.

⁵ [1958] R.C.S. 608.

⁶ (1910), 218 U.S. 245.

put on a blouse that fitted him. It was contended that compelling the accused to submit to the demand that he model the blouse violated the privilege against self-incrimination. Mr. Justice Holmes, speaking for the Court, rejected the argument as "based upon an extravagant extension of the Fifth Amendment," and went on to say, pp. 252-253:

(T)he prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material. The objection in principle would forbid a jury to look at a prisoner and compare his features with a photograph in proof.

The Supreme Court of the United States in *Schmerber v. California*⁷, held that, p. 761:

...the privilege protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature. . . .

and in the more recent case of *United States v. Wade*⁸, considered whether a suspect's privilege against self-incrimination had been violated when he was forced to stand in a line-up, wear stripes on his face and speak certain words. The majority of the court held that neither the line-up itself nor anything shown by the record that Wade was required to do in the line-up violated his privilege against self-incrimination.

An accused cannot be forced to disclose any knowledge he may have about an alleged offence and thereby supply proof against himself but (i) *bodily condition*, such as features, exhibited in a courtroom or in a police line-up, clothing, fingerprints, photographs, measurements (see the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1), and (ii) *conduct* which the accused cannot control, such as compulsion to submit to a search of his

avant son procès et malgré ses protestations, avait revêtu une vareuse qui était de sa taille, était recevable. On a prétendu que le fait de contraindre l'inculpé à se soumettre à l'ordre d'essayer la vareuse, était une violation du privilège contre l'auto-incrimination. M. le juge Holmes, parlant au nom de la Cour, a rejeté l'argument comme [TRADUCTION] "fondé sur une étendue exagérée du cinquième amendement," et il a continué en ces termes, aux pp. 252 et 253:

[TRADUCTION] L'interdiction de contraindre une personne devant un tribunal pénal de témoigner contre elle-même est une interdiction d'employer la contrainte physique ou morale afin de lui extorquer des communications, mais elle n'empêche pas de recourir à sa personne physique comme preuve lorsque la chose peut être pertinente. En principe, l'objection interdirait au jury de regarder un accusé et de comparer ses traits avec ceux reproduits sur une photographie mise en preuve.

La Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Schmerber v. California*⁷, a décidé que, à la p. 761:

[TRADUCTION] ... le privilège protège le prévenu uniquement contre l'obligation de témoigner contre lui-même, ou d'autrement fournir à l'État une preuve, sous forme de témoignage ou de communication . . .

et dans l'arrêt plus récent de *United States v. Wade*⁸, elle a examiné si le privilège d'un suspect contre l'auto-incrimination avait été violé lorsqu'il avait été obligé de participer à une parade d'identification, de mettre des bandes sur son visage et de prononcer certaines paroles. La majorité de la Cour a décidé que ni la parade d'identification en soi, ni rien que Wade, selon le dossier, avait été obligé de faire au cours de la parade, n'avait violé son privilège contre l'auto-incrimination.

Un prévenu ne peut être contraint de divulguer quelque fait qu'il peut connaître relativement à une infraction présumée et fournir ainsi une preuve contre lui-même mais le principe n'est pas violé par (i) les traits physiques, tel que son aspect, dans la salle d'audience ou dans une parade d'identification, ses vêtements, ses empreintes digitales, ses photographies, ses mensurations (voir la *Loi sur l'identification des criminels* S.R.C. 1970, c.

⁷ (1966), 384 U.S. 757.

⁸ (1967), 388 U.S. 218.

⁷ (1966), 384 U.S. 757.

⁸ (1967), 388 U.S. 218.

clothing for concealed articles or his person for body markings or taking shoe impressions or compulsion to appear in Court do not violate the principle. As *Wigmore, supra* has observed, Art. 2265, p. 386: "When the person's body, its marks and traits, itself is in issue, there is ordinarily no other or better evidence available for the prosecutor." Difficult questions have arisen when pre-trial police procedures went beyond mere physical examination to the taking of blood and other bodily fluids for the purpose of analysis and use in evidence (see *R. v. Burns*⁹, and s. 237(2) of the *Criminal Code*)—or when considering the right of the police to require performance of physical tests to determine whether a person is impaired (*R. v. Shaw*¹⁰) or in extracting physical evidence from a person's body without his consent (*Rochin v. California*¹¹). See also "Self-Incrimination by the Accused in English Law" by Professor G.D. Nokes, 2 U.B.C. Law Review 316.) But those cases are not this case. I am in no doubt that the exhibition of the person of an accused at a line-up for observation by an alleged victim is not itself a violation of the privilege against self-incrimination.

II

Apart altogether from the concept of the privilege against self-incrimination, it should not be overlooked that the application of force to compel an accused or a suspect to take part in a line-up may raise a question as to the limits on the powers of the police in relation to detained persons. Reasonable compulsion to this end is in my opinion an incident to the police power to arrest and investigate, and no more subject to objection than compelling the accused to exhibit his person for observation by a prosecution witness during a trial.

⁹ [1965] 2 O.R. 563.

¹⁰ (1964), 48 W.W.R. 190.

¹¹ (1952), 342 U.S. 165.

I-1), et (ii) les actes que le prévenu doit faire, comme le contraindre à se soumettre à une fouille de ses vêtements à la recherche d'objets cachés ou à un examen de sa personne pour y trouver des cicatrices ou à la prise d'empreinte de ses souliers ou le contraindre de comparaître devant le tribunal. Comme *Wigmore* le fait remarquer à l'art. 2265, p. 386: [TRADUCTION] «Lorsque le physique d'une personne, avec ses traits et caractéristiques, est lui-même en cause, le poursuivant n'a ordinairement aucune autre preuve ni de meilleures preuves». Des questions difficiles ont été soulevées lorsque les procédures policières avant le procès ont dépassé le simple examen physique pour aller jusqu'à la prise de sang et autres substances en vue d'en faire l'analyse et de les présenter en preuve (voir *R. v. Burns*⁹, et le par. 2 de l'art. 237 du *Code criminel*)—ou lorsqu'on considère le droit de la police d'exiger qu'une personne subisse des épreuves physiques en vue de déterminer si elle est en état d'ébriété (*R. v. Shaw*)¹⁰ ou lorsqu'on prélève des éléments de preuve du corps d'une personne sans son consentement (*Rochin v. California*¹¹). Voir aussi «Self-Incrimination by the Accused in English Law» par le professeur G. D. Nokes, 2 U.B.C. Law Review 316). Mais ces arrêts ne sont pas similaires au cas en l'espèce. Je n'ai aucun doute que faire participer un prévenu à une parade d'identification aux fins d'observation par une présumée victime ne constitue pas en soi une violation du privilège contre l'auto-incrimination.

II

Mettant tout à fait de côté le concept du privilège contre l'auto-incrimination, il ne faut pas oublier que l'emploi de la force pour contraindre un prévenu ou un suspect à participer à une parade d'identification peut soulever une question quant aux limites des pouvoirs de la police à l'égard des personnes détenues. A cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est à mon avis accessoire au pouvoir de la police de faire enquête et d'effectuer des arrestations, et elle n'est pas plus susceptible de soulever des objections que le fait d'obliger un

⁹ [1965] 2 O.R. 563.

¹⁰ (1964), 48 W.W.R. 190.

¹¹ (1952) 342 U.S. 165.

The powers of peace officers with respect to persons under arrest were dealt with by the Court of Appeal in England in *Dallison v. Caffery*¹² where Denning M.R. stated at p. 367:

When a constable has taken into custody a person reasonably suspected of felony, he can do what is reasonable to investigate the matter, and to see whether the suspicions are supported or not by further evidence. . . . The constable can put the suspect up on an identification parade to see if he is picked out by witnesses. So long as such measures are taken reasonably, they are an important adjunct to the administration of justice.

The extent of the right of the police to force a suspect to take part in a line-up against his will does not, of course, squarely arise in this case, as the police accepted Marcoux's refusal, and indeed the question will usually be of very little practical importance, as the introduction of a struggling suspect into a line-up might make a farce of any line-up procedure. Additionally, as Professor Glanville Williams has observed in 1963 *Criminal Law Review*, pp. 479, 480:

. . . if the suspect objects the police will merely have him "identified" by showing him to the witness and asking the witness whether he is the man. Since this is obviously far more dangerous to the accused than taking part in a parade, the choice of a parade is almost always accepted.

In *Attorney-General for Quebec v. Bégin, supra*, Fauteux J. said that to his knowledge there has never been exclusion as inadmissible from the evidence at trial of the report of facts definitively incriminating the accused and which he supplies *involuntarily* as for example, *inter alia*, his identification when for this purpose he is lined up with other persons. His words were, p. 602:

Also to my knowledge there has never been, for these reasons, exclusion, as inadmissible, from the evidence at the trial, of the report of facts definitely incriminating

prévenu à se montrer pour qu'un témoin de la poursuite puisse l'observer au cours d'un procès. Les pouvoirs des agents de la paix à l'égard des personnes en état d'arrestation ont été traités par la cour d'appel d'Angleterre dans *Dallison v. Caffery*¹², où le maître des rôles Denning a déclaré, à la p. 367:

[TRADUCTION] Lorsqu'un agent de la paix a appréhendé une personne raisonnablement suspecte d'un crime, il peut faire ce qui est raisonnable pour procéder à l'enquête et pour voir si les soupçons sont confirmés ou non par d'autres éléments de preuve. . . . L'agent de la paix peut faire participer le suspect à une parade d'identification pour voir s'il sera désigné par des témoins. Dans la mesure où de tels moyens sont employés de façon raisonnable, ils constituent un auxiliaire important à l'administration de la justice.

Naturellement, l'étendue du droit de la police d'obliger un suspect à prendre part à une parade d'identification malgré lui, n'est pas carrément soulevé en l'espèce puisque la police a accepté le refus de Marcoux, et en fait, la question a ordinairement très peu d'importance en pratique car faire participer de force à la parade d'identification un suspect réticent pourrait tourner la procédure en dérision. De plus, comme le professeur Glanville Williams l'a fait remarquer dans 1963 *Criminal Law Review*, aux pp. 479 et 480:

[TRADUCTION] . . . si le suspect s'y oppose, la police le fera simplement « identifier » en le montrant au témoin et en demandant à ce dernier si le prévenu est l'homme en question. Comme cette pratique est évidemment beaucoup plus dangereuse pour le prévenu que celle de participer à une parade d'identification, celui-ci acceptera presque toujours cette dernière.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Bégin, supra*, le juge Fauteux dit que, selon lui, on n'a jamais exclu, comme inadmissible, de la preuve au procès, le rapport de faits incriminant définitivement l'accusé et que lui-même supplée *involontairement*, tel que par exemple, *entre autres*, son identification lorsqu'à ces fins il est mis en ligne parmi d'autres personnes. Il a employé ces termes, à la p. 602:

Je ne sache pas non plus qu'on ait jamais, pour ces motifs, exclu, comme inadmissible, de la preuve au procès, le rapport de faits incriminant définitivement

¹² [1965] 1 Q.B. 348.

¹² [1965] 1 Q.B. 348.

the accused and which he supplies involuntarily, as for example:- his bearing, his walk, his clothing, his manner of speaking, his state of sobriety or intoxication; his calmness, his nervousness or hesitation, his marks of identity, his identification when for this purpose he is lined up with other persons; the presence on him of stolen objects or objects the possession of which, being forbidden to the public, constitutes a breach of the law and affords ground for criminal prosecution, such as narcotics, spirituous liquors unlawfully manufactured or imported, and others. Without doubt, the method used for obtaining this kind of evidence may, in certain cases, be illegal and may even give occasion for recourse to civil or even criminal action against those who have used it, but there is no longer any discussion of the proposition declaring that in such cases the illegality affecting the method of obtaining the evidence does not affect, *per se*, the admissibility of this evidence at the trial.

III

As to the admissibility of evidence of refusal by Marcoux to participate in a line-up, it is only necessary to observe that the trial tactics of defence counsel made this evidence admissible beyond any question; admissible, not for the purpose of proving guilt, but to explain the failure to hold an identification parade and the necessity, as a result, to have Fleskes confront Marcoux, a procedure which counsel for Marcoux so roundly criticized. See *R. v. Brager*¹³ at p. 511.

As Professor Williams notes in the article to which I have referred, p. 481:

The Courts have come to expect that evidence of identification should be subjected to the test of a parade, especially where mere confrontation of a witness with the suspect during investigations might not produce reliable results, either because the witness had only a fleeting glimpse of the culprit or because his memory seems not sufficiently definite about the culprit's appearance.

New York cases since *People v. Ballott*¹⁴ have found the failure to employ a line-up by the police, absent imperative circumstances, violative of due process—see "*Pretrial Identification*", (1971) 55

l'accusé et que lui-même supplée involontairement, tel que par exemple:—sa tenue, sa démarche, son vêtement, sa façon de parler, son état de sobriété ou d'ébriété; son calme, son énervement ou son hésitation, ses marques d'identité, son identification lorsqu'à ces fins il est mis en ligne parmi d'autres personnes; la présence sur lui-même d'objets volés ou d'objets dont la possession uniquement constitue une infraction à la loi et donne lieu à des poursuites criminelles, telle la possession de narcotiques, de spiritueux illégalement manufacturés ou importés, et autres. Sans doute, la méthode employée pour l'obtention de certaines de ces preuves peut, dans certains cas, être illégale et même donner lieu à des recours d'ordre civil ou même criminel, contre ceux qui l'ont utilisée, mais on ne discute plus de la proposition voulant qu'en ces cas, l'illégalité entachant la méthode d'obtention de la preuve n'affecte pas, *per se*, l'admissibilité de cette preuve au procès.

III

Quand à la recevabilité de la preuve du refus par Marcoux de participer à une parade d'identification, il est seulement nécessaire de faire remarquer que les tactiques de l'avocat de la défense au procès ont rendu cette preuve recevable hors de tout doute; recevable, non en vue de prouver la culpabilité, mais pour expliquer le défaut de procéder à une parade d'identification, et la nécessité, comme conséquence, d'avoir mis Marcoux en présence de Fleskes, une méthode que l'avocat de Marcoux a critiqué si vertement. Voir *R. v. Brager*,¹³ à la p. 511.

Comme le professeur Williams le mentionne à l'article auquel j'ai renvoyé, à la p. 481:

[TRADUCTION] Les cours en sont venues à s'attendre à ce que la parade fasse partie de la preuve d'identification, particulièrement lorsque la simple confrontation d'un témoin avec le suspect au cours de l'enquête pourrait ne pas donner de résultats valables, soit parce que le témoin n'a qu'entrevu rapidement le suspect, soit parce que sa mémoire ne semble pas suffisamment précise quand à l'aspect du prévenu.

D'après les décisions rendues dans l'État de New York depuis l'arrêt *People v. Ballott*,¹⁴ le défaut par la police d'utiliser la parade d'identification, en l'absence de circonstances incontrôlables, cons-

¹³ (1965), 52 W.W.R. 509.

¹⁴ (1967), 20 N.Y. 2d 600.

¹³ (1965), 52 W.W.R. 509.

¹⁴ (1967), 20 N.Y. 2d 600.

Minnesota Law Review 779, at p. 791. The Court of Criminal Appeal of England has commented adversely on the absence of an identification parade and failure to explain the omission to hold one: *R. v. Seiga*¹⁵. In *R. v. John* (unreported, abridged in (1973) Crim. L.R. 113) evidence was given by a detective constable that the accused had refused an identification parade. On appeal from conviction, it was urged, unsuccessfully, that the trial judge had wrongly allowed one of the witnesses to identify the accused in the dock when she had not identified him before the trial. Lord Justice Cairns, delivering the judgment of the Court of Appeal, said:

This method of identification ought to have been avoided if possible. It might have been possible in this case if the Appellant had been willing to submit to an identification parade. Leaving out altogether the question of whether or not it was reasonable for him to refuse an identification parade, the fact was that the Prosecution did not have that very much better method of identification available and, that being so, it does not appear to this Court to be wrong to allow that method of identification to be used by that witness, Miriam Baker.

I should make it clear, however, that I do not think evidence of the offer and refusal of a line-up will be relevant and admissible in every case in which identification of an accused is in issue. Admissibility will depend upon the circumstances of the case. If, at trial, it unfolds that the Crown must explain the omission of a line-up or accept the possibility of the jury drawing an adverse inference, then in those circumstances it would seem that evidence of refusal is both relevant and admissible. In other circumstances I do not think such evidence should normally be tendered. The danger, as I see it, is that it may impinge on the presumption of innocence, the jury may gain the impression there is a duty on the accused to prove he is innocent. However, on the facts of the present case, I have no doubt whatever that evidence of Marcoux's refusal to take part in the line-up was admissible, coming as it did after the issue was

¹⁵ [1961] Crim. L.R. 541.

tituait une violation de l'application régulière de la loi—voir «*Pre-trial Identifications*», (1971) 55 Minnesota Law Review 779, p. 791. La Cour d'appel en matière criminelle d'Angleterre a critiqué l'absence d'une parade d'identification et le défaut d'en expliquer l'omission: *R. v. Seiga*.¹⁵ Dans l'arrêt *R. v. John* (non publié, résumé dans (1973) Cr. L.R. 113), un détective a témoigné que le prévenu avait refusé de participer à une parade d'identification. En appel de la déclaration de culpabilité, on a fait valoir, sans succès, que le juge de première instance avait eu tort de permettre à l'un des témoins d'identifier le prévenu au banc des accusés alors qu'il ne l'avait pas identifié avant le procès. Le lord juge Cairns, rendant le jugement de la Cour d'appel, a dit:

[TRADUCTION] Cette méthode d'identification aurait dû être évitée si possible. En l'espèce, cela aurait pu être possible si l'appelant avait accepté de participer à une parade d'identification. Abstraction faite de la question de savoir s'il était raisonnable pour lui de refuser de participer à une parade d'identification, vu que la poursuite n'avait pu se prévaloir de cette méthode d'identification qui est de beaucoup préférable, selon cette Cour, il n'apparaît pas illégitime de permettre que cette méthode d'identification soit employée par ce témoin, Miriam Baker.

Je voudrais toutefois dire clairement que je ne pense pas que la preuve de l'offre et du refus d'une parade d'identification sera pertinente et recevable dans tous les cas où la question de l'identification du prévenu est en jeu. La recevabilité dépendra des circonstances en cause. S'il arrive au procès que le ministère public doive expliquer l'omission d'une parade d'identification ou accepter la possibilité que le jury en tire une conclusion défavorable, alors, dans les circonstances, il semblerait que la preuve du refus soit à la fois pertinente et recevable. En d'autres circonstances, je ne crois pas qu'une telle preuve devrait normalement être soumise. Le danger, comme je le vois, est que cela peut influencer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu a l'obligation de prouver son innocence. Toutefois, d'après les faits en l'espèce, je n'ai aucun doute que la preuve du refus de Marcoux de participer à la

¹⁵ [1961] Crim. L.R. 541.

opened by defence counsel following upon the evidence in chief of Fleskes.

IV

I find nothing wrong with the judge's charge to the jury. He told the jury there was no statutory authority to force an accused person or a suspect or a person at a police station into a line-up. That is a correct statement; if it is subject to any criticism, it is that it is too favourable to the accused. The judge then told the jury it was up to them to decide on the totality of the evidence what significance they would attach to Marcoux's refusal to participate in a suggested line-up. I do not think the judge erred in so instructing the jury. The evidence of the refusal was simply one more piece of evidence bearing upon the single issue, identification. It explained the failure to hold a line-up. The jury could take it into account. It was relevant and admissible and an inference could be drawn from it—if it was not open to any inference it was not relevant and not admissible. Even in such a matter as the failure of an accused to testify, although neither judge nor counsel can comment upon the failure, a jury is free to draw, and I have no doubt frequently does draw from the failure, an inference adverse to the accused.

I would dismiss the appeals.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: Robert J. Carter, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

parade d'identification était recevable, vu qu'elle s'est présentée après que la question a été soulevée par l'avocat de la défense, à la suite du témoignage principal de Fleskes.

IV

Je n'ai rien à reprocher aux directives du juge au jury. Il a dit au jury qu'il n'y avait pas d'autorité légale obligeant un prévenu ou un suspect ou une personne détenue dans un poste de police à participer à une parade d'identification. C'est là un énoncé juste; la seule critique qu'on peut lui adresser, c'est qu'il est trop favorable au prévenu. Le juge a ensuite dit au jury qu'il leur incombait de décider selon l'ensemble de la preuve de l'importance à donner au refus de Marcoux de participer à la parade d'identification proposée. Je ne crois pas que le juge ait commis d'erreur en donnant ces directives au jury. La preuve du refus était simplement un autre élément de preuve ayant une portée sur la question unique en litige, l'identification. Elle expliquait l'absence d'une parade d'identification. Le jury pouvait en tenir compte. C'était pertinent et recevable et une conclusion pouvait en être tirée—si aucune conclusion n'était possible, ce n'était ni pertinent ni recevable. Même dans une question telle que le défaut du prévenu de témoigner, bien que ni le juge ni l'avocat ne puissent commenter le défaut, un jury est libre d'en tirer une conclusion défavorable à l'accusé et je ne doute pas qu'il le fasse fréquemment.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Appel rejeté.

Procureur des appelants: Robert J. Carter, Toronto.

Procureur de l'intimée: The Attorney General for Ontario, Toronto.

H. L. Weiss Forwarding Limited *Appellant;*

and

Peter Omnus, Hermann Ludwig Allgemeine Land-Und Seetransportgesellschaft, Jurgen Eisen and Hermann Ludwig (Canada) Limited *Respondents.*

1975: May 9; 1975: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Damages — Quantum — Punitive damages—Tort—Company knowingly inducing breach of contract—Conspiracy to take over business by drawing away key employees and solicitation of major customers.

The plaintiff established at trial the liability of Omnus, its chief managing officer, and of Eisen, his assistant, for breach of contract of employment in failing to give proper notice, and also the liability of the defendant company in tort for knowingly inducing these officers to break their contracts. All three defendants were found liable for conspiracy, in having combined together to obtain the plaintiff's business and its goodwill without paying for it by a plan which had been inaugurated prior to January 1, 1970, and which resulted in Omnus abruptly leaving the plaintiff's employ on January 9, 1970, and Eisen shortly thereafter, to take charge of a new company promoted by the defendant company. The trial judge assessed \$6,000 against Omnus and the equivalent of one month's salary against Eisen for breach of contract and then assessed \$20,000 against all defendants for the conspiracy. The plaintiff's appeal of the award of damages was dismissed without written reasons by the Court of Appeal. On further appeal, plaintiff sought an increase in the award of \$20,000 or alternatively an award of punitive damages.

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

Per Laskin C.J. and Spence and Beetz JJ.: The trial judge in his reasons intimated that assessment of a punitive award would be difficult and did not face up to the consequences of his findings. The circumstances of the case, the tortious drawing away of the plaintiff's key

H. L. Weiss Forwarding Limited *Appelante;*

et

Peter Omnus, Hermann Ludwig Allgemeine Land-Und Seetransportgesellschaft, Jurgen Eisen et Hermann Ludwig (Canada) Limited *Intimés.*

1975: le 9 mai; 1975: le 26 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Judson, Spence, Beetz et de Grandpré.

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

Dommages-intérêts—Quantum—Dommages exemplaires — Faute délictuelle — Compagnie entraînant sciemment une rupture de contrat—Conspiration pour s'emparer d'une entreprise en attirant ses principaux employés et en sollicitant ses principaux clients.

La demanderesse a établi en première instance la responsabilité de Omnus, son gérant, et de Eisen, son adjoint, qui avaient violé leur contrat de louage de services en ne donnant pas l'avis requis, ainsi que la responsabilité délictuelle de la compagnie défenderesse qui a sciemment entraîné ces employés supérieurs à rompre leur contrat. Les trois défendeurs ont été trouvés également responsables d'avoir conspiré ensemble pour s'emparer de l'entreprise de la demanderesse ainsi que de sa clientèle sans en payer le prix par un complot qui avait pris naissance avant le 1^{er} janvier 1970 et qui eut pour conséquence qu'Omnus quitte soudainement son emploi, le 9 janvier 1970 et qu'Eisen l'imite peu de temps après, en vue d'assumer la gestion d'une nouvelle compagnie lancée par la comagnie défenderesse. Le juge de première instance a condamné Omnus à payer \$6,000 et Eisen, l'équivalent d'un mois de salaire, pour violation de leur contrat, et il a ensuite condamné les trois défendeurs à payer \$20,000 pour conspiration. L'appel de la demanderesse sur le montant des dommages a été rejeté, sans motifs écrits, par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans le pourvoi devant cette Cour, la demanderesse demande une augmentation substantielle de ce montant de \$20,000 ou subsidiairement l'octroi de dommages exemplaires.

Arrêt (les juges Judson et de Grandpré étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Beetz: Le juge de première instance a, dans ses motifs, laissé entendre qu'il serait difficile de faire l'évaluation des dommages exemplaires et il n'a pas bien pesé les conséquences de ses conclusions. Les circonstances de cette

employees, the coupling of this with a scheme to take over the plaintiff's business and to end the plaintiff as a going concern, and the fact that plaintiff had a modest business in terms relative to the defendant company, justified, in the interests of justice, an award of punitive damages in the additional amount of \$10,000.

Per Judson and de Grandpré JJ. *dissenting*: The assessment of damages made by the trial judge and affirmed by the Court of Appeal should stand. On the facts of the case an award of punitive damages was inappropriate.

APPEAL from the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal, without written reasons, of the award of damages from a judgment of Moorhouse J. at trial awarding damages for breach of contract and in tort. Appeal allowed, Judson and de Grandpré JJ. *dissenting*.

W. G. Dingwall, Q.C., and W. A. McLaughlin, for the appellant.

J. Edgar Sexton, and P. Atkinson, for the respondents.

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

THE CHIEF JUSTICE—The only issue in this appeal is the quantum of damages properly assessable to the plaintiff appellant against the defendants respondents. The plaintiff succeeded at trial in establishing the liability of the defendant Omnus, its chief managing officer, and of the defendant Eisen, his assistant, for breach of their contracts of employment. Omnus was in breach for failing to give six months' notice and Eisen for failing to give one month's notice. In addition, and this was the main cause of complaint, the plaintiff established the liability of the defendant company in tort for knowingly inducing Omnus and Eisen to break their contracts of employment with the plaintiff in order to capture their services for itself, and the liability of all three defendants for conspiracy.

In this latter aspect, the trial judge made this important finding:

affaire, la faute délictuelle commise en attirant les principaux employés de la demanderesse à laquelle s'ajoute un complot pour s'emparer de l'entreprise de la demanderesse et de la détruire complètement, ainsi que le fait que l'entreprise de la demanderesse était modeste en comparaison avec la compagnie défenderesse justifient, dans l'intérêt de la justice, l'octroi d'un montant supplémentaire de \$10,000 à titre de dommages exemplaires.

Les juges Judson et de Grandpré *dissent*: L'évaluation des dommages-intérêts faite par le juge de première instance et confirmée par la Cour d'appel doit être maintenue. D'après les faits en l'espèce, l'occasion n'est pas propice d'accorder une indemnité pour dommages exemplaires.

POURVOI d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel, sans motifs écrits, du montant des dommages-intérêts accordé par le juge de première instance pour rupture de contrat et faute délictuelle. Pourvoi accueilli, les juges Judson et de Grandpré étant *dissidents*.

W. G. Dingwall, c. r., et W. A. McLaughlin, pour l'appelante.

J. Edgar Sexton, et P. Atkinson, pour les intimés.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Beetz a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—La seule question en litige en ce pourvoi est le montant des dommages-intérêts accordés à la demanderesse appelante à l'encontre des défendeurs intimés. En première instance, la demanderesse a réussi à établir la responsabilité du défendeur Omnus, son gérant, et du défendeur Eisen, son adjoint, pour violation de leur contrat de louage de services. Omnus était en faute pour n'avoir pas donné un avis de six mois et Eisen pour n'avoir pas donné un avis d'un mois. De plus, et c'était surtout là son principal grief, la demanderesse a prouvé la responsabilité délictuelle de la compagnie défenderesse qui a sciemment entraîné Omnus et Eisen à rompre leur contrat de louage de services avec la demanderesse afin de les embaucher elle-même. La demanderesse a également établi la responsabilité des trois défendeurs pour conspiration.

Sur ce dernier point, le juge de première instance en est venu à cette importante conclusion:

The German company, Omnus and Eisen combined together to obtain the plaintiff's business and its goodwill without paying for it and succeeded in doing so. The plan was inaugurated before January 1, 1970.

Omnus abruptly left the plaintiff's employ on January 9, 1970, and Eisen shortly afterwards, in order to take charge of a new company promoted by the corporate defendant. The new company was in business shortly after Omnus left the plaintiff's employ, and he lost no time in soliciting and taking away the business of the plaintiff's five major customers, business which the plaintiff had been able to keep for some eight years.

The trial judge assessed \$6,000 against Omnus and the equivalent of one month's salary against Eisen for breach of contract and then assessed the sum of \$20,000 against all defendants for the conspiracy, although it is clear that it was the corporate defendant which was behind or able to carry out the scheme of driving the plaintiff out of business. Only the sufficiency of the award of \$20,000 is before this Court. The plaintiff had appealed the award of damages to the Ontario Court of Appeal and that Court dismissed the appeal without written reasons. The defendants did not appeal, either directly or by cross-appeal, the findings of liability against them or the award of damages.

In this Court the plaintiff asked for a substantial increase in the award of damages of \$20,000 and, in addition or alternatively, an award of punitive damages.

I would not interfere with the award of \$20,000 as damages for the tort but I am of the opinion that this is a very proper case for punitive damages. The trial judge, in my view, did not face up to the consequences of his findings. Indeed, there was an intimation in his reasons that assessment of a punitive award would be difficult. This was not only a case of the illegal drawing away of the plaintiff's principal employee, who was in complete charge of its business, and drawing away his assistant, in order to capture their talents for a competing operation, but it was a case of coupling this tortious conduct with a wider scheme of taking

[TRANSDUCTION] La compagnie allemande, Omnus et Eisen ont conspiré ensemble pour s'emparer de l'entreprise de la demanderesse ainsi que de sa clientèle sans en payer le prix, et ils ont réussi. Le complot a pris naissance avant le 1^{er} janvier 1970.

Soudainement, le 9 janvier 1970, Omnus quitta son emploi, et Eisen l'imita peu de temps après, en vue d'assumer la gestion d'une nouvelle compagnie lancée par la défenderesse. La nouvelle compagnie commença ses opérations peu de temps après que Omnus eut quitté la demanderesse et il se mit immédiatement à faire des démarches fructueuses auprès de cinq principaux clients de l'entreprise de la demanderesse, entreprise que celle-ci avait pu maintenir durant quelque huit ans.

Le juge de première instance a condamné Omnus à payer \$6,000 et Eisen, l'équivalent d'un mois de salaire, pour violation de leur contrat et il a ensuite condamné les trois défendeurs à \$20,000 pour conspiration, même s'il est manifeste que c'est la compagnie défenderesse qui en a été l'instigatrice ou qui pouvait ruiner l'entreprise de la demanderesse. Seule la suffisance du montant de \$20,000 en dommages-intérêts est en litige devant cette Cour. Sur ce point la demanderesse a interjeté un appel à la Cour d'appel de l'Ontario qui l'a rejeté sans motifs écrits. Les défendeurs n'ont pas interjeté appel des conclusions sur leur responsabilité et sur le montant des dommages-intérêts, ni directement ni par pourvoi incident.

Devant cette Cour, la demanderesse demande que ce montant de \$20,000 soit augmenté substantiellement et de plus, ou subsidiairement, qu'on lui accorde des dommages exemplaires.

Je ne suis pas d'avis de modifier le montant de \$20,000 à titre de dommages-intérêts pour responsabilité délictuelle mais je trouve qu'il s'agit d'une affaire où il y a lieu d'accorder des dommages exemplaires. Le juge de première instance n'a pas, à mon avis, bien pesé les conséquences de ses conclusions. De fait, ses motifs laissent entendre qu'il serait difficile de faire l'évaluation des dommages exemplaires. Dans le cas présent, on n'a pas seulement attiré avec son adjoint le principal employé de la demanderesse, celui qui assumait la gestion complète de l'entreprise, dans le but de mettre leurs talents au service d'une entreprise

over the plaintiff's business through solicitation of its major customers in order to put an end to the plaintiff as a going concern. In this the defendants succeeded.

The business was a modest one in terms of profitability and most certainly in comparison with the giant enterprise which was the corporate defendant. Yet it had been carried on continuously for some eight years, during which the plaintiff had business dealings with the corporate defendant and retained its other major customers. I think substantial justice will be done here by awarding the plaintiff an additional \$10,000 as punitive damages.

I would, accordingly, allow the appeal with costs to the plaintiff throughout.

The judgment of Judson and de Grandpré JJ. was delivered by

JUDSON J. (*dissenting*)—My opinion is that this Court should accept the assessment of damages made by the trial judge and affirmed by a unanimous Court of Appeal, and should not increase the award by the addition of any sum for punitive damages.

The amount of the award was carefully considered by the trial judge and although his rejection of punitive damages was made in somewhat hesitant terms, it was none the less made. He was well aware that the two employees were free to compete in what is a highly competitive business, if they had given proper notice of termination of their employment—in one case six months and the other, one month. He did make an award of six months' salary against one, and one month's salary against the other. It is difficult to characterize this award.

On the facts of this case and in view of the unanimity in both Ontario Courts, this seems to me to be an inappropriate occasion for an award of punitive damages. The difficulties and the con-

currente, mais, à cette faute délictuelle, s'est ajouté un complot plus vaste visant à s'emparer de l'entreprise de la demanderesse en sollicitant ses principaux clients dans le but de la détruire complètement. Et les défendeurs y ont réussi.

Il s'agissait d'une entreprise modeste sous l'aspect bénéfiques et très certainement en comparaison avec des colosses comme la compagnie défenderesse. Tout de même elle avait été en exploitation de façon continue durant quelque huit ans, au cours desquels elle avait fait des affaires avec la défenderesse et conservé ses autres principaux clients. Je considère qu'on rendra justice à la défenderesse en lui accordant un montant supplémentaire de \$10,000 à titre de dommages exemplaires.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens à la demanderesse en toutes les cours.

Le jugement des juges Judson et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE JUDSON (*dissident*)—Je suis d'avis que cette Cour devrait accepter l'évaluation des dommages-intérêts faite par le juge de première instance et confirmée unanimement par la Cour d'appel et que l'on ne devrait pas augmenter le montant de la condamnation en y ajoutant une somme quelconque pour dommages exemplaires.

Le montant des dommages-intérêts a été examiné attentivement par le juge de première instance et même si son refus d'accorder des dommages exemplaires est exprimé en termes plutôt hésitants, c'est tout de même sa décision. Il savait pertinemment que les deux employés auraient été libres de devenir rivaux en ce domaine où la concurrence était très forte, s'ils avaient donné l'avis régulier qu'ils quittaient leur emploi—soit six mois dans un cas et un mois dans l'autre. Il a condamné le premier à une somme équivalente à six mois de salaire et le second à un mois. Il est difficile de déterminer la nature de cette condamnation.

D'après les faits en l'espèce et considérant l'unanimité des deux cours d'Ontario, l'occasion ne me paraît pas propice d'accorder une indemnité pour dommages exemplaires. *MacGregor on Damages*,

troversy on the subject are fully dealt with in *MacGregor on Damages*, 13th ed., pp. 302-325.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, JUDSON and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Woolley, Hames, Dale & Dingwall, Toronto.

Solicitors for the respondents: Holden, Murdoch, Walton, Finlay & Robinson, Toronto.

13^e éd., aux pp. 302-325, traite à fond des difficultés de cette question et de la controverse qu'elle soulève.

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Appel accueilli avec dépens, les JUGES JUDSON et DE GRANDPRÉ dissidents.

Procureurs de l'appelante: Woolley, Hames, Dale & Dingwall, Toronto.

Procureurs des intimés: Holden, Murdoch, Walton, Finlay & Robinson, Toronto.

The Public Trustee *Appellant*;

and

Marianne Helen Lauer

and

Jolan Stekl, Trustee of the Estate of Albert Stekl, Deceased *Respondents*.

1975: May 13; 1975: May 13.

Present: Laskin C.J. and Martland, Pigeon, Dickson and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Trusts and trustees—Will creating trust for conversion notwithstanding powers to postpone—Trust covering all assets of estate including unproductive realty—Duty of trustee to act impartially between life tenant and remaindermen—Life tenant entitled to be credited with notional income on value of assets.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, allowing in part an appeal from a judgment of Hutcheon L.J.S.C. Appeal dismissed.

D. M. Norby, for the appellant.

B. W. F. McLoughlin, Q.C., for the respondent, Marianne Helen Lauer.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. McLoughlin. We are all of the opinion that the will in this case created a trust for conversion notwithstanding the powers to postpone, and this trust covered all the assets of the estate including the unproductive realty. Having regard to the duty of the trustee under the will to act impartially between life tenant and remaindermen, the life tenant was entitled to be credited with a notional income on the value of the assets, as determined by the Court of Appeal. We would accordingly answer question 2(a) and (b) as answered by the Court of Appeal. It follows that this appeal must

¹ (1974), 47 D.L.R. (3d) 286.

The Public Trustee *Appellant*;

et

Marianne Helen Lauer

et

Jolan Stekl, fiduciaire de la succession de feu Albert Stekl *Intimées*.

1975: le 13 mai; 1975: le 13 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Pigeon, Dickson et Beetz.

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

Fiducies et fiduciaires—Testament créant une fiducie emportant conversion en espèces nonobstant les pouvoirs de différer cette conversion—Fiducie visant tous les biens de la succession y compris les biens improductifs—Obligation pour le fiduciaire d'agir avec impartialité entre l'usufruitier viager et les appelés—L'usufruitier viager est en droit de recevoir un revenu spéculatif basé sur la valeur des biens.

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, qui a accueilli en partie l'appel d'un jugement du juge Hutcheon. Pourvoi rejeté.

D. M. Norby, pour l'appellant.

B. W. F. McLoughlin, c.r., pour l'intimée Marianne Helen Lauer.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF— Nous n'avons pas besoin de vous entendre M^c McLoughlin. Nous sommes tous d'avis que le testament en cause a créé une fiducie emportant conversion en espèces nonobstant les pouvoirs de différer cette conversion, et cette fiducie visait tous les biens de la succession y compris les biens immobiliers improductifs. En raison de l'obligation imposée au fiduciaire par le testament d'agir avec impartialité entre l'usufruitier viager et les appelés, l'usufruitier viager était en droit de recevoir un revenu spéculatif basé sur la valeur des biens, comme l'a déterminé la Cour d'appel. Par conséquent, nous sommes d'avis de

¹ (1974), 47 D.L.R. (3d) 286.

be dismissed with the costs of the respondent payable out of the capital of estate. We award no costs to the appellant Public Trustee.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: D. M. Norby, Vancouver.

Solicitors for the respondent, Marianne Helen Lauer: Lawrence & Shaw, Vancouver.

répondre à la question 2 a) et b) comme l'a fait la Cour d'appel. Il s'ensuit que le présent appel doit être rejeté avec les dépens de l'intimée payables à même les fonds de la succession. Nous n'adjugeons aucun dépens au curateur public (Public Trustee) appellant.

Appel rejeté.

Procureur de l'appellant: D. M. Norby, Vancouver.

Procureurs de l'intimée, Marianne Helen Lauer: Lawrence & Shaw, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

George Arnold Armstrong *Respondent*.

1975: May 13; 1975: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law—Appeal—Crown's notice of application for leave to appeal sentence—Crown counsel's name signed by law student—Court of Appeal allowing preliminary objection to legal sufficiency of form of notice—Jurisdiction of Supreme Court of Canada to entertain appeal—Application for leave remitted to Court of Appeal—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41.

[*Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60; *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452; *Hind v. The Queen*, [1968] S.C.R. 234, distinguished.]

APPEAL by the Crown from the refusal by the Court of Appeal for British Columbia to consider an application for leave to appeal from a sentence imposed upon the accused following his conviction of an indictable offence. Appeal allowed.

No one appearing for the appellant.

R. A. Easton, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal by the Crown, which comes here by leave of this Court, arises out of a refusal by the British Columbia Court of Appeal to enter upon a consideration of the Crown's application for leave to appeal a sentence imposed upon the accused following his conviction of an indictable offence. The British Columbia Court of Appeal allowed a preliminary objection by counsel for the accused to the legal sufficiency of the form of the notice of the application for leave to appeal.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

George Arnold Armstrong *Intimé*.

1975: le 13 mai; 1975: le 26 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

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

Droit criminel—Pourvoi—Avis de la part du ministère public d'une demande d'autorisation d'appel d'une sentence—Signature du substitut du procureur général apposée par un étudiant en droit—La Cour d'appel a fait droit à une objection selon laquelle l'avis de la demande n'était pas conforme aux exigences de la loi—Jurisdiction de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi—La demande d'autorisation d'appel est renvoyée à la Cour d'appel—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 41.

[Distinction faite avec les arrêts: *Goldhar c. La Reine*, [1960] R.C.S. 60; *Paul c. La Reine*, [1960] R.C.S. 452; *Hind c. La Reine*, [1968] R.C.S. 234.]

POURVOI interjeté par la ministère public à l'encontre du refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de prendre en considération une demande d'autorisation d'appel d'une sentence imposée à l'accusé à la suite de sa condamnation pour un acte criminel. Appel accueilli.

L'appelante n'était pas représentée.

R. A. Easton, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi du ministère public, autorisé par cette Cour, résulte du refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de prendre en considération une demande faite par le ministère public pour obtenir l'autorisation d'appel d'une sentence imposée à l'accusé à la suite de sa condamnation pour un acte criminel. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit à une objection préliminaire de l'avocat de l'accusé qui a allégué que l'avis de demande d'autorisation d'appel n'était pas conforme aux exigences de la loi.

The notice purported to be signed with the name of a qualified barrister and solicitor, followed by the words "Crown Counsel, Agent for and on behalf of the Attorney-General", and to the left of the signature was the following, in quotation marks: "per J.M.E.". The record shows that the Crown counsel's name was signed, apparently on his instructions, by his law student on his behalf.

Counsel for the respondent accused did not contest the legal sufficiency, under s. 605(1)(b) of the *Criminal Code*, of the notice of application for leave to appeal, apparently because of the judgment of this Court in *R. v. Badall*¹, which had not been handed down when the matter was before the British Columbia Court of Appeal. He did, however, urge very strongly that this Court had no jurisdiction to entertain the Crown's appeal because, first, the issue related to sentence and was foreclosed by *Goldhar v. The Queen*²; and, second, what was involved was a refusal by the British Columbia Court of Appeal to give leave to appeal and this was a matter outside this Court's jurisdiction under its decisions in *Paul v. The Queen*³, and *Hind v. The Queen*⁴.

Neither of these contentions is tenable here. *Goldhar*, *Paul* and *Hind* do not touch this case. No question of sentence, whether as to its legality or otherwise, is directly before this Court, nor is this a case where this Court is being asked to review a considered refusal by the provincial Court of Appeal to grant leave. The present case is simply one where the provincial Court of Appeal said there was no proper application for leave before it and hence nothing to require it to act. It is distinguishable from the three cases above mentioned, and, in my opinion, it is properly before this Court under s. 41 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

¹ [1975] 2 S.C.R. 503.

² [1960] S.C.R. 60.

³ [1960] S.C.R. 452.

⁴ [1968] S.C.R. 234.

L'avis porte une signature qui est censée être celle d'un avocat en exercice, suivie des mots [TRADUCTION] «substitut et agent du procureur général», et à la gauche de la signature on trouve entre guillemets: [TRADUCTION] «par J.M.E.». Le dossier démontre que la signature du substitut du procureur général a été apposée pour lui, et apparemment selon ses instructions, par un étudiant en droit à son service dans son étude.

L'avocat de l'accusé intimé ne conteste pas la validité de l'avis de demande d'autorisation d'appel en vertu de l'al. b) du par. (1) de l'art. 605 du *Code criminel*. Évidemment, il tient compte de l'arrêt de cette Cour dans *R. c. Badall*¹, arrêt qui n'avait pas été rendu lorsque la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a entendu cette affaire-ci. Toutefois, il soutient avec insistance que cette Cour n'a pas juridiction pour entendre le pourvoi du ministère public, d'abord parce que la question en litige concerne une sentence et ne relève pas de cette Cour par application de *Goldhar c. La Reine*²; et, en second lieu, ce qui est en cause est un refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'autoriser un appel et il prétend qu'en vertu des décisions qu'elle a rendues dans *Paul c. La Reine*³, et *Hind c. La Reine*⁴, cette Cour n'a pas juridiction sur cette question.

Aucun de ces arguments n'est valable en l'espèce. *Goldhar*, *Paul*, et *Hind* ne sont pas pertinents. Cette Cour n'est directement saisie d'aucune question ayant trait à la sentence, quant à sa légalité ou autrement, et il ne s'agit pas d'une affaire où l'on demande à cette Cour de réviser un refus motivé de la Cour d'appel provinciale d'autoriser l'appel. En l'espèce, la Cour d'appel provinciale a simplement déclaré que la demande d'autorisation d'appel qui lui était présentée n'était pas régulière et que par conséquent elle n'avait pas à y donner suite. Il y a une distinction à établir avec les trois arrêts ci-dessus mentionnés, et à mon avis, cette affaire est régulièrement soumise à cette Cour en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, R.S.C. 1970, c. S-19.

¹ [1975] 2 R.C.S. 503.

² [1960] R.C.S. 60.

³ [1960] R.C.S. 452.

⁴ [1968] R.C.S. 234.

In the result, the appeal should be allowed and the application for leave remitted to the British Columbia Court of Appeal for consideration on the merits.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Macaulay & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer la demande d'autorisation d'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour que celle-ci l'examine au fond.

Appel accueilli.

Procureurs de l'appelante: Macaulay & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Francesco Caccamo *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1974: June 24; 1975: March 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law—Evidence—Surprise evidence at trial—Admissibility—Relevancy of Document—Whether document in possession of accused—Pre-trial disclosure—Preliminary enquiry—Motion to re-elect—Criminal Code, s. 3(4).

A search, pursuant to a warrant issued on the basis of suspicion that certain fire arms were present in appellant's home, resulted in the discovery of counterfeit money, a loaded pistol and ammunition, \$1,713 in cash and some handwritten notes in Italian. The appellant was charged with (first) possession without lawful excuse of six counterfeit notes, (second) the possession of a weapon dangerous to the public peace and (third) possession of a restricted weapon for which he did not have a registration certificate. The handwritten notes were found in the kitchen cupboard and were not mentioned at all during the preliminary enquiry, were not disclosed to the defence prior to the beginning of the trial but were introduced and mentioned for the first time during the second day of the trial which took place before a judge alone. Expert evidence identified the notes as a copy of the constitution of a Mafia related secret society which preached and practised violence.

The trial judge granted an adjournment to permit examination of the document. The defence made application for re-election in order that the trial should proceed before a judge and jury but this was refused. Appellant was convicted on all three counts and his appeal was dismissed by the Court of Appeal, Arnup J.A. dissenting. Hence the appeal to this Court on two questions only:

(1) was there evidence upon which the trial judge could find that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace? and (2) did the

Francesco Caccamo *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1974: le 24 juin; 1975: le 7 mars.

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

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

Droit criminel—Preuve—Preuve inattendue présentée au cours du procès—Recevabilité—Pertinence du document—Le document était-il en la possession de l'accusé?—Divulgarion avant le début du procès—Enquête préliminaire—Requête en vue d'un nouveau choix quant au mode de procès—Code criminel, art. 3(4).

Une perquisition, effectuée en exécution d'un mandat qui faisait l'objet de certaines armes à feu dont on soupçonnait la présence à la demeure de l'appellant, a donné lieu à la découverte de monnaie contrefaite, d'un pistolet chargé et des cartouches, d'une somme de \$1,713 en argent comptant, et de notes manuscrites en italien. Les accusations suivantes ont été portées contre l'appellant: (premièrement) possession, sans excuse légitime, de six billets contrefaits, (deuxièmement) possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et (troisièmement) possession d'une arme à autorisation restreinte pour laquelle il n'avait pas de certificat d'enregistrement. Les notes manuscrites ont été trouvées dans l'armoire de cuisine et elles n'ont pas du tout été mentionnées au cours de l'enquête préliminaire. Elles n'ont pas été divulguées non plus à la défense avant le début du procès mais elles ont été produites pour la première fois au cours de la deuxième journée du procès qui s'est déroulé devant un juge seul. Des experts ont identifié les notes comme étant une copie de la constitution d'une organisation criminelle secrète apparentée à la Mafia et adepte de la violence.

Le juge de première instance a accordé un ajournement pour permettre l'examen du document. La défense a demandé d'exercer un nouveau choix pour que le procès se déroule devant un juge et un jury. Cette requête a été refusée. L'appellant a été déclaré coupable des trois infractions et son appel a été rejeté par la Cour d'appel, le juge d'appel Arnup étant dissident. D'où le pourvoi devant cette Cour sur deux questions seulement:

(1) est-ce que la preuve permettait au juge du procès de conclure que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique? et (2) est-ce que le

failure of the Crown to disclose to the defence the existence of exhibit 5 until after the trial had commenced constitute a miscarriage of justice?

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. Referring to the first question, the evidence justified the unanimous conclusion in the courts below that the document was in the possession of the appellant. It was not necessary to invoke the presumption of law that, when a husband and wife live together, the husband is in possession and control of the premises in which they reside. In the circumstances, the trial judge was entitled to draw an inference from the possession of the document that the accused was a member of the organization to which the document referred and therefore had possession of the weapon for a purpose dangerous to the public peace.

Referring to the second question, there was no obligation on the Crown to disclose before trial to the defence the existence of the document and the intention of the prosecution to introduce it into evidence as an exhibit. The sole purpose of the preliminary enquiry is to satisfy the magistrate that there is sufficient evidence to put the accused on trial and the Crown has the discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. At trial Crown counsel has full discretion as to what witnesses should be called for the prosecution and the Court will not interfere with the exercise of that discretion unless it can be shown that the prosecutor has been influenced by some oblique motive. The accused must however be guaranteed a fair trial, thus if the introduction of new evidence takes the accused by surprise he is entitled to a postponement, as was obtained by the appellant. The fact that the document was only revealed on the second day of the trial (a) did not affect the conduct of the trial prior thereto; (b) did not entitle the accused to make a second option (to be tried by judge and jury rather than by judge alone) which as a rule must be made in the light of the charge not in light of the evidence. In other words, there was no miscarriage of justice.

In reaching a conclusion as to whether or not a miscarriage of justice exists the courts are entitled to take into account the fact that the accused did not testify.

Per Laskin C.J. and Spence J. *dissenting*: The police officers and the Crown in a carefully considered proce-

défait par le ministère public de dévoiler à la défense l'existence de la pièce 5 avant le début du procès constitue une erreur judiciaire grave?

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Quant à la première question, la preuve justifie la conclusion unanime des cours d'instance inférieure que l'appelant était en possession du document. Il n'est pas nécessaire d'invoquer le principe voulant que lorsque les conjoints vivent sous le même toit, il existe une présomption légale que l'époux a la possession et le contrôle des lieux de leur résidence. Dans les circonstances, il était permis au juge de première instance de déduire de la possession du document que l'accusé était membre de l'organisation qui y était mentionnée et que, par conséquent, il était en possession de l'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Quant à la seconde question, le ministère public n'était aucunement obligé de divulguer à la défense, avant le début du procès, l'existence du document et son intention de le déposer en preuve à titre de pièce à conviction. L'enquête préliminaire vise uniquement à satisfaire le magistrat qu'il existe suffisamment de preuve pour faire subir à l'accusé son procès, et le ministère public a la faculté de n'y présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. Au cours du procès, l'avocat de la poursuite est complètement libre de décider quels témoins doivent être cités pour la poursuite et la Cour ne doit pas entraver l'exercice de cette discrétion à moins qu'on puisse démontrer que le poursuivant a agi ainsi pour des motifs détournés. Cependant, la garantie d'un procès équitable doit être accordée à l'accusé. C'est pourquoi, si le dépôt d'une nouvelle preuve le prend par surprise, l'accusé a droit à un ajournement, ce dont l'appelant a bénéficié. Le fait que le document n'a été divulgué que la seconde journée du procès a) n'a pas affecté la conduite du procès avant cette divulgation; et b) ne donnait pas droit à l'accusé de se prévaloir d'une seconde option (d'être jugé par un juge et un jury plutôt que par un juge seul) qui en principe doit être exercée à la lumière du chef d'accusation et non à la lumière de la preuve. En d'autres mots, il n'y a pas eu erreur judiciaire grave.

En concluant à l'existence ou à l'inexistence d'une erreur judiciaire grave, les tribunaux ont le droit de tenir compte du fait que l'accusé n'a pas témoigné.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, *dissidents*: Les policiers et le ministère public se sont concertés pour

dure concealed from the appellant and his counsel the possession of the handwritten notes and their intention to use them at trial until the trial had proceeded for some time. There was utter surprise to defence counsel, however, in view of the fact that the trial did not proceed at once and the statement by appellant's counsel that he had, as a result of the adjournment, ample opportunity to prepare his case, no prejudice to the accused was established. The appeal should none the less succeed on the basis that without the document the Crown had not made out a *prima facie* case that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace and that the Crown had failed to prove that the document was in the possession of the appellant. The document found as it was in the kitchen casually stored with household accounts inferred possession with the appellant's wife and not with the appellant. The police procedure on discovery of the document prevented the police from being able to show that it was in the appellant's possession. Even if the document had been proven to be in the possession of the appellant in such circumstances as would permit an inference of his knowledge of its contents, it had no probative value to show that the appellant possessed the weapon found for a purpose dangerous to the public. The expert evidence demonstrated quite conclusively that the document related to an organisation which died after an historic trial some 60 years ago. Such a fragile basis for linking the accused with some unnamed and unoutlined criminal organization could not constitute proof beyond reasonable doubt.

[*R. v. Caouette*, [1973] S.C.R. 859; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Steinberg v. The King*, [1931] S.C.R. 421; *R. v. Lawson* (1944), 81 C.C.C. 139; *R. v. Mandzuk*, [1945] 3 W.W.R. 280; *R. v. Tokarek* (1967), 58 W.W.R. 691; *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221; *Picken v. The King*, [1938] S.C.R. 457; *Emkeit v. The Queen*, [1974] S.C.R. 133; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *R. v. Epping* (1972), 57 Cr. App. R. 499; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Boucher*, [1963] 2 C.C.C. 241; *R. v. Cipolla*, [1965] 2 O.R. 673; *R. v. Greenlaw* (No. 1) [1968] 3 C.C.C. 200 referred to]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from a conviction by Moore, Co. Ct. J., for possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence

¹ [1973] 2 O.R. 367.

cacher à l'appellant et à son avocat, jusqu'à ce que le procès soit déjà en cours depuis un certain temps, la possession des notes manuscrites et leur intention de les utiliser au cours du procès. La surprise a été très grande pour l'avocat de la défense. Cependant, aucun tort n'a ainsi été causé à l'accusé puisque ce dernier a bénéficié d'un ajournement qui a permis à son avocat de se préparer suffisamment. Néanmoins, le pourvoi devrait être accueilli parce que sans ce document, le ministère public serait incapable de faire une preuve suffisante à première vue que la possession de l'arme était dans un dessein dangereux pour la paix publique, et parce que le ministère public n'a pas prouvé que le document était en la possession de l'appellant. Puisque le document a été trouvé dans la cuisine parmi des factures diverses, il semble plus régulier d'imputer la possession du document à l'épouse de l'appellant plutôt qu'à ce dernier. La façon d'agir des policiers lors de la découverte de ce document les a empêché de prouver la possession de ce document par l'appellant. Même si l'on avait démontré que ce document était en la possession de l'appellant de façon à permettre la déduction qu'il en connaissait le contenu, cette preuve n'a aucune valeur probante pour démontrer que l'appellant avait cette arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Les témoignages des experts ont prouvé de façon concluante que le document se rapportait à une organisation qui s'est éteinte après un procès historique il y a environ 60 ans. Un lien aussi fragile entre l'appellant et une organisation criminelle vague et inconnue ne peut constituer une preuve hors de tout doute raisonnable.

[Arrêts mentionnés: *R. c. Caouette*, [1973] R.C.S. 859; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Steinberg c. Le Roi*, [1931] R.C.S. 421; *R. v. Lawson* (1944), 81 C.C.C. 139; *R. v. Mandzuk*, [1945] 3 W.W.R. 280; *R. v. Tokarek* (1967), 58 W.W.R. 691; *Thompson v. the King*, [1918] A.C. 221; *Picken c. Le Roi*, [1938] R.C.S. 457; *Emkeit c. La Reine*, [1974] R.C.S. 133; *Prosko c. Le Roi* (1922), 63 R.C.S. 226; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *R. v. Epping* (1972), 57 Cr. App. R. 499; *Lemay c. Le Roi*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. v. Boucher*, [1963] 2 C.C.C. 241; *R. v. Cipolla*, [1965] 2 O.R. 673; *R. v. Greenlaw* (N° 1) [1968] 3 C.C.C. 200.]

POURVOI interjeté à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ rejetant un appel d'une déclaration de culpabilité pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique prononcée par le juge Moore de la Cour

¹ [1973] 2 O.R. 367.

J. dissenting.

A. Maloney, Q.C., for the appellant.

A. Campbell, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on January 26, 1973, which, by a majority, dismissed an appeal from the judgment of the trial judge pronounced on June 30, 1972, after a trial without a jury.

The appellant had been convicted on three charges: firstly, possession of counterfeit money, secondly, possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, and thirdly, possession of a restricted weapon. The appellant had pleaded guilty to the third charge but none the less argued in the Court of Appeal that the conviction thereon should be set aside. The Court of Appeal unanimously confirmed the conviction on the first and third counts and we are not concerned with those counts in this Court.

On the second count, that is, the possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, the majority of the Court, for reasons given by the Chief Justice of Ontario, dismissed the appeal. Arnup J.A. gave reasons for dissenting and would have allowed the appeal. The formal judgment of the Court expressed the dissent of Arnup J.A. in these words:

The Honourable Mr. Justice Arnup dissenting therefrom and expressing the opinion that the appeal against the conviction on charge two (possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace) should be allowed on the following grounds, in law, namely: that there was no evidence upon which the trial judge could find that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace

The appellant applied to this Court for leave to appeal upon other grounds of law and this Court,

de comté. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents.

A. Maloney, c.r., pour l'appelant.

A. Campbell, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—Le présent pourvoi est interjeté à l'encontre d'un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 26 janvier 1973 qui a rejeté l'appel du jugement prononcé le 30 juin 1972 par le juge de première instance à la suite d'un procès sans jury.

L'appelant avait été déclaré coupable de trois accusations: premièrement, possession de monnaie contrefaite, deuxièmement, possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et, troisièmement, possession d'une arme à autorisation restreinte. L'appelant avait plaidé coupable au troisième chef d'accusation mais il a néanmoins prétendu devant la Cour d'appel que sa déclaration de culpabilité à cet égard devrait être infirmée. La Cour d'appel a unanimement confirmé la déclaration de culpabilité sur le premier et le troisième chef d'accusation et cette Cour n'a pas à se pencher sur ces chefs d'accusation.

Relativement au deuxième chef d'accusation, c'est-à-dire la possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, la majorité de la Cour a rejeté l'appel pour les motifs exprimés par le Juge en chef de l'Ontario. Le juge d'appel Arnup a exprimé des motifs de dissidence et aurait accueilli l'appel. La minute du jugement de la Cour d'appel rapportait en ces mots la dissidence du juge Arnup:

[TRADUCTION] Son honneur M. le juge Arnup, dissident, est d'avis que l'appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité sur la deuxième accusation (possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique) devrait être accueilli pour les motifs d'ordre juridique suivants, à savoir: qu'il n'y avait aucune preuve qui permettait au juge du procès de conclure que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique

L'appelant s'est présenté à cette Cour pour demander la permission d'interjeter un pourvoi

by its Order pronounced May 7, 1973, permitted an appeal to this Court upon the following additional ground:

Did the failure of the Crown to disclose to the defence the existence of exhibit five until after the trial had commenced constitute a miscarriage of justice?

I find it necessary to deal at considerable length with the circumstances surrounding the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. I have taken most of the facts hereinafter recited from the evidence given for the Crown by Detective Jack Carr, and particularly from his cross-examination.

A shooting affray occurred at Newtonbrook Plaza in North York Township in Metropolitan Toronto. During the ensuing investigation, the police came to the conclusion that some numbers of persons related by blood and being immigrants from a district in Italy known as Calabria might have been involved and that offensive weapons might be found in the possession of many of those people. Therefore, Detective Sergeant Mouncey instructed Detective Carr to obtain a series of search warrants for offensive weapons applicable to various people including the appellant. The actual search warrant was produced at trial and marked as Exhibit 2; a search for the material upon which the application for the search warrant had been based made during the course of the trial proved in vain and Detective Carr from his memory could not give any information on that topic. At any rate, Detective Carr admitted that he had never heard of the appellant Francesco Caccamo prior to having obtained the warrant to search his residence and did not know any background. Detective Carr and three other officers, all in plain clothes, on Sunday, August 1, 1971, arrived at the front door of the premises—Detective Carr and Detective Turner approaching the front door while two other officers, Constable Wauchope and Constable Clark, approached the rear door and waited until Detective Turner, having been admitted to the front door, in turn admitted the two latter officers to the rear door. The four officers then seemed to have divided up their task of searching the premises with Detective

fondé sur d'autres moyens de droit, et cette Cour, par son ordonnance rendue le 7 mai 1973, lui a accordé la permission d'interjeter un pourvoi fondé sur le moyen additionnel suivant:

[TRADUCTION] Est-ce que le défaut par le ministère public de dévoiler à la défense l'existence de la pièce n° 5 avant le début du procès constitue une erreur judiciaire?

Je crois nécessaire de traiter en détail des circonstances de l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. J'ai tiré la plupart des faits exposés ci-dessous du témoignage rendu pour le ministère public par le détective Jack Carr, et plus particulièrement du contre-interrogatoire de ce dernier.

Un échange de coups de feu a eu lieu au Newtonbrook Plaza dans le canton de North York situé dans la région métropolitaine de Toronto. Au cours de l'enquête qui s'ensuivit, la police a conclu qu'un certain nombre de personnes liées par le sang et ayant immigré d'une région d'Italie connue sous le nom de Calabre pouvaient être impliquées, et que plusieurs de ces personnes pouvaient être en possession d'armes offensives. Par conséquent, le sergent détective Mouncey donna l'ordre au détective Carr d'obtenir une série de mandats de perquisition pour armes offensives à l'encontre de diverses personnes dont l'appellant. Le mandat de perquisition a été produit au cours du procès et déposé comme pièce n° 2; on a vainement tenté au cours du procès d'établir sur quoi se fondait la demande du mandat de perquisition et le détective Carr, de mémoire, n'a pu fournir aucun renseignement sur le sujet. De toute façon, le détective Carr a admis qu'il n'avait jamais entendu parler de l'appellant Francesco Caccamo antérieurement à l'obtention du mandat qui l'autorisait à perquisitionner le domicile de ce dernier, et qu'il ne connaissait rien de l'affaire. Le dimanche 1^{er} août 1971, le détective Carr et trois autres agents, tous habillés en civil, arrivèrent devant la maison de l'appellant—le détective Carr et le détective Turner se présentèrent à la porte de devant tandis que les deux autres agents, le constable Wauchope et le constable Clark, se présentèrent à la porte de derrière et ils attendirent que le détective Turner, que l'on avait fait entrer par la porte de devant, vienne à son tour leur ouvrir la porte de derrière. Il

Carr confining his search to the kitchen, although he was assisted from time to time in that task by Detective Turner.

The first discovery by the officers was an American twenty-dollar bill which had been torn in two pieces, which Detective Turner found in a dresser in the master bedroom. He immediately asked the appellant whose money that was and the appellant explained that it was money which he had found in the same torn condition in the street. This was a genuine twenty-dollar bill.

Detective Turner continued his search of that dresser drawer and under clothing found six Bank of Canada notes which turned out to be counterfeit and which gave rise to the charge of possession of counterfeit money to which I have already referred. Again, Detective Turner questioned the appellant as to these counterfeit bank notes, receiving an explanation with which we are not concerned.

Then, Constable Clark, for some unexplained reason, proceeded to search the person of the appellant and found the sum of \$1,713, again in genuine money, in his right front pocket. For the third time, Detective Turner questioned the appellant as to the possession of this sum of money and simply had the reply that it was the appellant's personal property as he had not banked that week.

Constable Wauchope lifted down, from the top right-hand side of a clothes closet at the foot of the bed, a blue box which contained a black pistol already loaded with six rounds of ammunition which Constable Wauchope removed from the weapon, and then Constable Clark found a box containing an additional eight rounds of 6.35 ammunition with a cleaning brush and cleaning fluid. Once more, Detective Turner, cautioned the appellant on the offence of possession of a restricted weapon. The appellant's answer did not appear in the evidence.

During this time, with the appellant and Detective Turner going back and forth between the living room, master bedroom and kitchen, Detec-

semble que les quatre agents se sont alors partagés la tâche de fouiller les lieux, le détective Carr se chargeant de fouiller la cuisine, même s'il recevait occasionnellement l'aide du détective Turner.

Les agents ont d'abord découvert un billet de vingt dollars en monnaie américaine qui avait été déchiré en deux morceaux. C'est le détective Turner qui l'a découvert dans une commode de la chambre à coucher principale. Il a immédiatement demandé à l'appelant à qui appartenait cet argent et ce dernier lui a répondu qu'il avait trouvé le billet dans cet état dans la rue. Ce billet de vingt dollars était légal.

Le détective Turner continua de fouiller ce tiroir de la commode et découvrit sous des vêtements six billets contrefaits de la Banque du Canada d'où l'accusation de possession de monnaie contrefaite que j'ai déjà mentionnée. De nouveau, le détective Turner interrogea l'appelant relativement à ces billets de banque contrefaits et il reçut une explication qui ne nous concerne aucunement.

Ensuite le constable Clark, pour des motifs inexplicables, a fouillé la personne de l'appelant sur qui il a trouvé, dans sa poche droite avant, la somme de \$1,713 en monnaie légale. Pour la troisième fois, le détective Turner a interrogé l'appelant relativement à la possession de cette somme d'argent et ce dernier lui a simplement répondu que c'était son argent personnel et qu'il n'avait effectué aucun dépôt bancaire cette semaine-là.

Sur le dessus de l'armoire à linge qui était au pied du lit, le constable Wauchope a trouvé une boîte bleue qui contenait un pistolet noir dans lequel étaient insérées six cartouches qu'il a lui-même retirées de l'arme. Puis le constable Clark a trouvé une boîte qui contenait huit autres cartouches de calibre 6.35 ainsi qu'une brosse et un liquide à nettoyer. Encore une fois, le détective Turner a mis l'appelant en garde contre l'infraction de possession d'une arme à autorisation restreinte. La preuve ne rapporte pas la réplique de l'appelant.

Pendant ce temps, alors que l'appelant et le détective Turner allaient et venaient entre le salon, la chambre à coucher principale et la cuisine, le

tive Carr continued his desultory search in the kitchen. It would appear that Mrs. Rosa Caccamo, the appellant's wife, who did not understand English and who was in such an obviously pregnant condition that the officers thought it better that she should remain seated, stayed in the kitchen. Detective Carr found nothing which interested him except that, with household bills, in the kitchen cupboard in what would appear to be a plastic envelope he found several slips of notepaper handwritten in Italian. This plastic envelope was on the first shelf of the cupboard. It could hardly be imagined that it was in any way concealed. Detective Carr removed this plastic container and put it in his pocket. So far as he was aware, Mrs. Caccamo did not observe him doing this and neither he nor Detective Turner, who had observed Detective Carr's movements, made any reference to the papers to either Mrs. Caccamo or to the appellant when he returned in a moment or two to the kitchen. These papers, with the counterfeit money, the torn bill, the genuine money, and the pistol with its ammunition, were all removed from the premises. The appellant was charged with the three offences which I have outlined and eventually came up for preliminary hearing.

At the preliminary hearing, Detective Carr was not called by the Crown as a witness. Counsel for the appellant, however, did call Detective Carr as a witness. It must be remembered that there is no evidence to indicate that either the appellant or his wife knew of the removal of these papers written in Italian from the kitchen cupboard nor, of course, that the appellant's counsel would have any knowledge of them. The appellant's counsel, therefore, did not examine Detective Carr upon this topic but he did put to Detective Carr this question: "Q. And then what did you do?", to which Detective Carr replied "A. Well, I looked in various places in the kitchen. I made a search of the kitchen."

Q. About how long?

A. Oh, possibly ten minutes.

When cross-examined at the trial as to his failure to mention the discovery of these papers written in Italian, Detective Carr made two significant statements: Firstly, that he made no mention of these papers, and, secondly,

détective Carr continuait à fouiller la cuisine. Il semblerait que M^{me} Rosa Caccamo, l'épouse de l'appellant, qui ne comprenait pas l'anglais et dont la grossesse était tellement évidente que les agents ont cru bon qu'elle reste assise, soit demeurée dans la cuisine. Le détective Carr n'y trouva rien d'intéressant à l'exception de plusieurs feuilles de papiers portant un texte manuscrit en italien découvertes parmi des factures diverses dans ce que semblerait être une enveloppe en plastique dans l'armoire de cuisine. Cette enveloppe de plastique se trouvait sur la première tablette de l'armoire. On peut difficilement imaginer qu'elle y était cachée. Le détective Carr s'empara de l'enveloppe en plastique et la glissa dans sa poche. D'après lui, M^{me} Caccamo ne s'est aperçue de rien et ni lui ni le détective Turner, qui avait remarqué le geste du détective Carr, n'ont fait mention des feuilles de papier à M^{me} Caccamo ou à l'appellant quand il est revenu dans la cuisine une ou deux minutes plus tard. Ces feuilles de papier ainsi que la monnaie contrefaite, le billet déchiré, l'argent authentique, le pistolet et ses munitions ont été emportés. L'appellant a été accusé des trois infractions que j'ai mentionnées et il a subi son enquête préliminaire.

Au cours de l'enquête préliminaire, le détective Carr n'a pas été cité comme témoin par le ministre public mais il l'a été par l'avocat de l'appellant. Il faut se souvenir qu'aucune preuve ne démontre que l'appellant ou son épouse était au courant que l'on avait retiré de l'armoire de cuisine le document manuscrit en italien, ni que l'avocat de l'appellant en connaissait l'existence. Par conséquent, ce dernier n'a pas interrogé le détective Carr à ce sujet mais il lui a quand même posé cette question: [TRADUCTION] «Q. Et alors qu'avez-vous fait?», ce à quoi le détective Carr a répondu [TRADUCTION] «R. Bien, j'ai regardé à divers endroits dans la cuisine. J'ai fouillé la cuisine.»

Q. Pendant longtemps?

R. Oh, pendant environ dix minutes.

Lorsque le détective Carr a été contre-interrogé au cours du procès relativement à son défaut de mentionner la découverte dudit manuscrit, il fit deux déclarations importantes: premièrement, qu'il n'avait pas parlé du manuscrit, et, deuxièmement, que

It wasn't my decision to make at that time; as I say, I knew nothing of the actual contents [of the papers written in Italian]. I knew basically what it was about. I had never seen a translation. In fact, I didn't know there had been a translation made of the papers. I knew nothing of their actual contents except what I have stated here today.

At the trial, these papers written in Italian were the subject of a great deal of evidence and the question of the papers, which were marked as Exhibit 5, is the kernel of the dissent of Arnup J.A. and of the chief issue before this Court. The papers were produced and identified by Detective Carr and evidence in reference to them was given by Sergeant Dino Chiarot of the RCMP. Chiarot was Italian by parentage and had spent five years in Italy working for the RCMP in conjunction with the Department of Immigration. His evidence shall be referred to hereafter. This evidence was submitted prior to counsel for the appellant being permitted to cross-examine Detective Carr. At the close of Detective Carr's cross-examination, the Crown announced:

Your Honour, I am prepared—I have had an opportunity to consult with some senior police officers and I am prepared to call as a witness Dr. Alberto Sabatino, S-a-b-a-t-i-n-o, who is the head of the Mafia Unit of the Federal Italian Police and who is in Italy and who has had an opportunity to examine this document. It would be some day next week before I could have Dr. Sabatino here and I could advise Your Honour exactly when I could have him here and ask leave to call him.

To summarize the evidence in reference to the production of this document, it seems to me most apparent that the police officers and the Crown in a carefully considered procedure concealed from the appellant and his counsel the possession of this document, their view of the significance of the document, and their intention to use the document at the trial until the trial had proceeded for some time and then sprang the existence of that document on the counsel for the appellant when he was in an almost helpless position to meet its import.

How carefully the Crown's procedure had been worked out is demonstrated by the fact that the

[TRADUCTION] Ce n'était pas à moi de décider à ce moment; comme je le dis, je ne connaissais rien du contenu véritable [des notes manuscrites en italien]. J'avais une idée générale de leur teneur. Je n'ai jamais lu la traduction. En fait, je ne savais pas qu'elles avaient été traduites. Je ne connaissais rien de leur contenu véritable à l'exception de ce que j'ai déclaré ici aujourd'hui.

Au cours du procès, ledit manuscrit a fait l'objet de nombreux témoignages et il a été déposé comme pièce n° 5. L'essentiel de la dissidence du juge Arnup portait sur la question du manuscrit qui constitue d'ailleurs la principale question en litige devant cette Cour. Le manuscrit a été produit et identifié par le détective Carr et le sergent Dino Chiarot de la GRC a témoigné sous ce rapport. Chiarot, d'origine italienne, avait travaillé pendant cinq ans en Italie pour la GRC de concert avec le ministère de l'Immigration. Son témoignage sera examiné ci-dessous. Ce témoignage a été rendu avant que l'avocat de l'appelant ne puisse contre-interroger le détective Carr. À la fin du contre-interrogatoire du détective Carr, le ministère public a fait la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Votre Seigneurie, je suis prêt—j'ai eu l'occasion de m'entretenir avec certains agents supérieurs de la police et je suis prêt à citer comme témoin le D^r Alberto Sabatino, S-a-b-a-t-i-n-o, qui est le chef de la Section Mafia de la Police fédérale italienne. Il est en Italie et il a eu la chance d'examiner ce document. Le D^r Sabatino ne pourra pas se joindre à nous avant la semaine prochaine mais je vais aviser votre Seigneurie de la journée exacte où je compte l'amener ici et demander la permission de le citer comme témoin.

Pour résumer la preuve qui se rapporte à la production de ce document, il me semble très évident que les policiers et le ministère public se sont concertés pour cacher à l'appelant et à son avocat, jusqu'à ce que le procès soit déjà en cours depuis un certain temps, la possession de ce document, leur opinion quant à la portée de celui-ci et leur intention de l'utiliser au cours du procès, et tout cela dans le but de surprendre l'avocat de l'appelant en le confrontant avec ce document au moment où il se trouverait dans une position telle qu'il pourrait difficilement en contester la teneur.

Le soin pris par le ministère public pour établir cette procédure est démontré par le fait que le

Crown's first expert witness to prove the contents of the document and its import was Sergeant Chiarot of the RCMP but when it appeared that the learned trial judge was doubtful of the weight of that evidence, the Crown quickly undertook to produce the evidence of Dr. Sabatino, the expert from Italy, whom the Crown spoke of as having already been consulted. It is these circumstances which the court is called upon to consider on the question as to which leave to appeal was granted by the Order of this Court and which I have cited above. There was certainly utter surprise to the counsel for the appellant at the trial and the question would be very easy of decision had the trial proceeded at once without an opportunity to cure that surprise. That, however, did not occur.

The Crown was granted an adjournment from June 2, 1972, to June 12, 1972, and on the latter date counsel for the Crown stated to the learned trial judge that the defence had requested a further adjournment for the purpose of examining the document. The court convened again on June 26, 1972, and counsel for the appellant made a vain attempt to re-elect so that the trial should proceed before and judge a jury. Upon that application being refused, the trial proceeded on June 28, 1972, and Dr. Alberto Sabatino gave evidence for the Crown.

Counsel for the appellant then called only defence witness Professor Stanley Chandler, Chairman of the Department of Italian and Hispanic Studies of the University of Toronto. There may be some significance in the fact that Dr. Sabatino's evidence immediately preceded the evidence of Professor Chandler and it might well have been more efficient for the defence to have had an opportunity to go over Dr. Sabatino's evidence with its own expert Professor Chandler prior to Professor Chandler giving his evidence. However, counsel for the appellant in this Court made no issue of this point and on the other hand expressed himself as satisfied that the delay in the trial had permitted the defence adequate opportunity to prepare its case. Counsel for the appellant did argue that the failure to reveal the existence of

premier témoin expert qu'il a cité pour prouver la teneur du document et sa portée était le sergent Chiarot de la GRC, mais lorsque le savant juge du procès s'est montré incertain quant à la valeur de ce témoignage, le ministère public s'est rapidement engagé à produire le témoignage du Dr Sabatino, un expert d'Italie, qui, selon la déclaration du ministère public, avait déjà été consulté. Telles sont les circonstances que la cour doit considérer pour trancher la question que j'ai mentionnée précédemment et pour laquelle une autorisation d'appeler a été accordée en vertu d'une ordonnance de cette Cour. La surprise a certes été très grande pour l'avocat de l'appellant lors du procès et la question aurait été très facile à trancher si le procès avait immédiatement suivi son cours sans avoir donné l'occasion de corriger cette situation. Cependant, tel n'a pas été le cas.

Le ministère public a bénéficié d'un ajournement du 2 juin 1972 au 12 juin 1972, et à cette dernière date, le procureur du ministère public a déclaré au savant juge du procès que la défense avait demandé un autre ajournement dans le but d'examiner le document. Le tribunal siégea à nouveau le 26 juin 1972 et l'avocat de l'appellant tenta vainement de faire un nouveau choix afin que le procès se déroule devant un juge et un jury. Cette demande ayant été refusée, le procès reprit son cours le 28 juin 1972 et le Dr Alberto Sabatino témoigna pour le ministère public.

L'avocat de l'appellant ne cita alors comme témoin pour la défense que le professeur Stanley Chandler, le directeur du Département des études italiennes et hispaniques de l'Université de Toronto. Une certaine importance peut être attribuée au fait que le témoignage du Dr Sabatino a immédiatement précédé celui du professeur Chandler alors qu'il aurait peut-être été préférable pour la défense d'avoir eu l'occasion d'étudier le témoignage du Dr Sabatino avec le professeur Chandler avant que ce dernier ne témoigne. Mais l'avocat de l'appellant n'a pas soulevé ce point devant nous et il a d'ailleurs exprimé l'opinion que l'ajournement du procès lui avait permis de se préparer suffisamment. L'avocat de l'appellant a plaidé que le défaut de dévoiler l'existence de ce document au cours de l'enquête préliminaire ou

this document at the preliminary hearing or any conferences between counsel for the Crown and counsel for the appellant between the date of the preliminary hearing and the date of trial deprived such counsel of an opportunity to make an intelligent election as to the mode of trial and submitted most strenuously that had the defence been in possession of the knowledge that the document was to be introduced the defence would never have re-elected trial before a judge alone without a jury and that therefore the defence should have been granted its motion and permitted to reverse its re-election and go back to the forum to which the appellant had originally been committed for trial, that is, to a judge and jury.

As the learned trial judge pointed out in disposing of that application, such an order would, of course, have resulted in a mistrial after the trial had continued for some considerable time, and it is difficult to understand upon what legal basis this ground of appeal can be put.

As I have said, had there been any prejudice to the appellant by failure to allow him full answer and defence, I would have been of the opinion that a mistrial had resulted and would have been ready to have allowed the appeal and sent the matter back for a new trial. I am inclined to believe that the frank statement by counsel for the appellant has eliminated that possibility and unless there is some legal principle which requires the revelation of the whole case for the Crown to the accused or his counsel prior to the trial no order declaring a mistrial is possible. During the argument in appeal, many cases were discussed and also the writings and speeches of well-recognized legal experts.

The present Mr. Justice Martin of the Court of Appeal for Ontario in his 1955 Special Lecture to the Law Society of Upper Canada put the matter, I think, with respect, most accurately:

But notwithstanding the pronouncements of courts from time to time as to the duty of Crown counsel to adduce at the trial all evidence in his possession, favourable as well as unfavourable to the accused, there has been no case so far as I know that directly says it is the duty of Crown counsel to disclose or to adduce all his evidence at the preliminary hearing.

des entretiens qui eurent lieu entre la date de l'enquête préliminaire et la date du procès et qui impliquaient le procureur du ministère public et l'avocat de la défense, a privé ce dernier de l'occasion de faire un choix éclairé quant au mode de procès. De plus, il a vigoureusement allégué que si le défendeur avait su que le document allait être produit en cour, il n'aurait jamais fait un nouveau choix afin d'être jugé par un juge seul sans jury et que, par conséquent, la requête de la défense aurait dû être accueillie pour lui permettre de revenir à son choix original, à savoir d'être jugé par un juge et un jury.

Comme l'a souligné le savant juge du procès en disposant de cette requête, une telle ordonnance aurait évidemment entraîné un vice de procédure après un procès assez long. Il est difficile de concevoir le fondement juridique de ce moyen d'appel.

Comme je l'ai mentionné, si l'appelant avait subi un préjudice en ne lui permettant pas de présenter une défense complète, j'aurais été d'avis que cela aurait entraîné un vice de procédure et j'aurais été disposé à accueillir le pourvoi et à ordonner un nouveau procès. Je suis porté à croire que la déclaration franche de l'avocat de l'appelant a éliminé cette possibilité, et à moins qu'il n'existe un principe juridique quelconque qui exige que le ministère public dévoile, avant le début du procès, toute la preuve de l'accusation au prévenu ou à son avocat, il n'y a pas lieu de conclure à un vice de procédure. Au cours des plaidoiries en appel, il a été question de nombreux précédents et de propos d'éminents juristes.

M. le juge Martin, présentement de la Cour d'appel de l'Ontario, me semble avoir très bien exposé la question alors qu'il s'adressait, en 1955, aux membres de la Law Society of Upper Canada:

[TRADUCTION] Mais malgré les déclarations occasionnelles des cours relativement au devoir du procureur du ministère public de produire au cours du procès toute la preuve en sa possession, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'accusé, à ma connaissance, il n'a jamais été dit expressément dans aucune décision qu'il est du devoir du procureur du ministère de dévoiler ou de produire toute sa preuve au cours de l'enquête préliminaire.

This I am ready to accept as a concise summary of the law. What was said to be the practice in the Province of Ontario was enunciated by Mr. W. B. Common, Q.C., then Director of Public Prosecutions for the province, when making a submission before the Joint Committee of the Senate and the House of Commons on Capital and Corporal Punishment when he said:

I might say for those members of the Committee who are unfamiliar with the procedure at a trial—and I am not going into technical matters—it will suffice to say this: that in all of the cases not only in capital cases but usually in all criminal cases there is complete disclosure by the prosecution of its case to the defence. To use a colloquialism, there are no “fast ones” pulled by the Crown. The defence does not have to disclose its case to the Crown. We do not ask it for a complete and full disclosure of the case. If there are statements by witnesses, statements of accused, the witness is supplied with copies, they know exactly what our case is, and there is nothing hidden or kept back or suppressed so that the accused person is taken by surprise at a trial by springing a surprise witness on him. In other words, I again emphasize the fact that every safeguard is provided by the Crown to ensure that an accused person, not only in capital cases but in every case receives and is assured of a fair and legal trial.

It is regrettable that the crown attorney in this particular prosecution seems to have paid scant attention to Mr. Commons' very well-known statement and I am of the opinion that it is not sufficient to toss the matter aside so casually as counsel for the Crown does in his factum to this Court in the words:

Although it is conceded that it may have been better under the circumstances of this case for the crown to have made pre-trial disclosure of the fact that the police had learned of the accused's possession of Exhibit #5, . . .

In my view, it is the duty of the court to be vigilant to assure itself that the appellant has had a fair trial and if the regrettable conduct of the prosecution, using that term to cover both the police and Crown counsel, ever results in unfairness then the court should act with decisiveness to reverse such unfairness. As I have said, in the present case, such unfairness has not been proved

Je suis disposé à accepter cette déclaration comme un résumé concis de l'état du droit applicable. Ce que l'on a qualifié de pratique actuellement suivie dans la province de l'Ontario a été définie par Me W. B. Common, c.r., alors directeur des poursuites publiques pour la province, lorsqu'il s'est adressé en ces termes au Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la peine capitale et les punitions corporelles:

[TRADUCTION] J'ajouterai, pour le bénéfice des membres du Comité qui ne sont pas au courant de la procédure,—et je n'entrerai pas dans des subtilités,—que dans toutes ces causes, non seulement les capitales mais d'ordinaire toutes les causes criminelles, la poursuite dévoile toute sa cause à la défense. Pour employer une expression familière, la Couronne ne cherche pas à «rouler» l'autre partie. La défense n'est pas tenue de dévoiler ses arguments à la Couronne. Nous ne lui demandons pas de découvrir toutes ses batteries. S'il y a des déclarations de témoins, des déclarations de l'accusé, le témoin en reçoit des copies. Ils connaissent exactement l'accusation que nous portons et il n'y a rien de caché, de retenu ou de supprimé qui puisse prendre l'accusé par surprise à un procès en faisant comparaître un témoin inattendu. Autrement dit, j'appuie encore sur le fait que toutes les sauvegardes sont fournies par la Couronne pour assurer, non seulement dans les causes capitales mais dans toutes les causes, que l'accusé ait un procès équitable et légal.

Il est regrettable que le procureur du ministère public dans la présente poursuite n'ait pas tenu compte de cette célèbre déclaration de Me Common et je suis d'avis que le ministère public ne peut écarter cette question aussi facilement lorsqu'il a dit à cette Cour, dans son factum:

[TRADUCTION] Bien qu'il ait peut-être été préférable, dans les circonstances de la présente cause, que le ministère public dévoile avant le début du procès le fait que la police savait que l'accusé était en possession de la pièce n° 5, . . .

À mon avis, il incombe aux tribunaux d'être vigilants afin de s'assurer que l'appelant a subi un procès équitable et si jamais le comportement de la poursuite, c'est-à-dire de la police et du procureur du ministère public, causait une injustice, alors les tribunaux devraient réagir avec fermeté afin de corriger cette injustice. Comme je l'ai déjà mentionné, une telle injustice n'a pas été prouvée en

and I cannot understand how the circumstances could be made the base for any right of further election as to the mode of trial.

This brings me to the consideration of the ground of appeal based upon dissenting reasons of Arnup J.A. in the Court of Appeal for Ontario, namely, that there was no evidence upon which the trial judge could find that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace. It was Arnup J.A.'s view that without ex. 5, the document written in Italian, the Crown had not made out a *prima facie* case that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace. In addition to the possession of that document, the trial judge, as Arnup J.A. points out, relied upon the following circumstances:

- (i) possession by the accused of six \$10 counterfeit bills,
- (ii) possession of a loaded pistol, on top of a wardrobe in his bedroom, in a box with eight additional rounds of ammunition,
- (iii) the accused had \$1,713 in cash in his trouser pocket.

In my view, none of those three circumstances, without Exhibit 5, could constitute a *prima facie* case for the conviction on the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

It is significant that the search for which the warrant was obtained was not in any way connected with counterfeiting or the possession of counterfeit money and the discovery of counterfeit money was a mere accident in the course of the search. There was utterly no evidence that the appellant had been in any way connected with counterfeiting or with the uttering of counterfeit money and there was no evidence of any kind that the appellant had been in any way connected with violence or with a crime of violence.

We therefore must turn to consider the admissibility and probative value of Exhibit 5. It has been assumed below that the document was found in the possession of the accused and therefore that, as put

l'espèce et je ne peux concevoir comment les présentes circonstances pourraient justifier l'exercice d'un nouveau choix.

Ceci m'amène à considérer le moyen d'appel fondé sur les motifs de la dissidence du juge Arnup de la Cour d'appel de l'Ontario, à savoir qu'aucune preuve ne permettait au juge du procès de conclure que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique. Le juge Arnup était d'avis que sans la pièce n° 5, soit le manuscrit en italien, le ministère public n'avait pas apporté une preuve suffisante à première vue que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique. Comme le souligne le juge Arnup, en plus de la possession de ce document, le juge du procès s'est fondé sur les circonstances suivantes:

- (i) la possession par l'accusé de six billets contrefaits de \$10,
- (ii) la possession d'un pistolet chargé, sur le dessus d'une armoire à linge dans sa chambre à coucher, dans une boîte qui contenait également huit cartouches additionnelles,
- (iii) l'accusé avait \$1,713 en argent comptant dans la poche de son pantalon.

A mon avis, aucune de ces trois circonstances ne pourrait constituer, sans la pièce n° 5, une preuve suffisante à première vue pouvant entraîner une déclaration de culpabilité suite à une accusation de possession d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Il est important de noter que la perquisition pour laquelle le mandat avait été obtenu n'était aucunement reliée à la contrefaçon ou à la possession de monnaie contrefaite, et ce n'est qu'accidentellement que l'on a découvert de la monnaie contrefaite au cours de cette perquisition. Il n'y avait absolument aucune preuve que l'appellant avait été associé de quelque manière que ce soit à de la contrefaçon et il n'y avait également aucune preuve que l'appellant était associé d'une quelconque façon à un acte ou à un crime de violence.

Par conséquent, nous devons maintenant examiner la recevabilité et la valeur probante de la pièce n° 5. Les tribunaux d'instance inférieure ont présumé que le document avait été trouvé en la

by the Chief Justice of Ontario in giving the majority reasons, "the finding of a document of the nature of exhibit five is *prima facie* evidence against him". Surely the finding of the document itself is not sufficient and it must have been found in the possession of the accused. Was it found in his possession?

The appellant was born in Calabria but so were thousands of other residents in Metropolitan Toronto. The document is in the Italian language, or perhaps more particularly, as I shall discuss later, in an Italian dialect, and Calabria is a district in Italy. The document was found in the form of sheets of notepaper written by hand in a dialect and contained in a plastic container together with household bills on the first shelf of a cupboard in the kitchen of a house occupied by the appellant.

The appellant was confronted with each of the other items taken by the police officers from the appellant's residence and was questioned in reference thereto. He was not confronted with this exhibit 5. It was never mentioned to him and the record contains no statement from either the appellant or anyone else in his family or anyone who could be said to be connected with him in any way indicating the appellant's knowledge of that document.

Under the common law in civil cases, it has been determined, although not invariably, that one was in possession of whatever was physically in premises occupied by him whether he knew or not of even the existence of such chattels: *South Staffordshire Water Company v. Sharman*². Surely, however, when it is sought to draw an inference of "connection with criminal activity", to again use the words of the Chief Justice of Ontario, a much more appropriate test of possession is that found in the *Criminal Code*.

Section 3, subsection (4), of the *Criminal Code* provides:

3. (4) For the purposes of this Act,

² [1896] 2 Q.B. 44.

possession de l'accusé de sorte que, comme l'a formulé le Juge en chef de l'Ontario alors qu'il exposait les motifs de la majorité, [TRADUCTION] «le fait d'avoir trouvé un document du genre de la pièce n° 5 constitue une preuve suffisante contre lui». Il n'y a aucun doute que la seule découverte du document ne suffit pas: il doit avoir été trouvé en la possession de l'accusé. A-t-il été trouvé en sa possession?

L'appelant est né en Calabre tout comme des milliers d'autres résidents de la région métropolitaine de Toronto. Le document est écrit en italien ou plus précisément, comme nous le verrons tantôt, en dialecte italien, et la Calabre est une région de l'Italie. Le document a été trouvé sous la forme de feuilles de papier manuscrites, en dialecte, qui étaient insérées dans une enveloppe en plastique avec des factures diverses et que l'on a découvert sur la première tablette d'une armoire de cuisine dans une maison habitée par l'appelant.

L'appelant a été mis en présence de chacun des autres objets saisis dans sa demeure par les policiers et il a été interrogé à leur sujet. Il n'a pas été mis en présence de la pièce n° 5. On ne lui en a jamais mentionné l'existence et le dossier ne contient aucune déclaration soit de l'appelant ou d'un membre de sa famille ou d'une personne associée d'une quelconque façon avec lui indiquant qu'il était au courant de ce document.

Selon le droit commun applicable aux matières civiles, il est établi, mais non sans exception, qu'un individu est en possession de tout ce qui se trouve physiquement sur les lieux qu'il occupe peu importe qu'il soit au courant ou non de l'existence des biens en question: *South Staffordshire Water Company v. Sharman*². Cependant, lorsque l'on cherche à déduire qu'il existe une [TRADUCTION] «association avec une activité criminelle», pour reprendre les termes du Juge en chef de l'Ontario, le critère de la possession énoncé dans le *Code criminel* est beaucoup plus approprié.

Le paragraphe 4 de l'art. 3 du *Code criminel* prévoit:

3. (4) Aux fins de la présente loi,

² [1896] 2 Q.B. 44.

(a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

To find a person in possession by that section, it must be shown that he had the article in his personal possession, and here it was not, or knowingly had it in any place whether or not that place belongs to or is occupied by him for the use or benefit of himself or another person. As I have said, despite the fact there was opportunity to obtain that evidence had the police chosen to do so, there was in fact no evidence that the appellant had the document knowingly in any place, and I am, therefore, of the opinion that the Crown failed to prove that this document was in the possession of the appellant.

It would be sufficient to dispose of the appeal upon this basis. It is not a case of an article found in some place which is in the sole custody of an accused person, for instance, his own bedroom drawer and where the accused simply denies knowledge of it; there would be many circumstances which would permit a court to disbelieve such denial of knowledge. Here, there was no attempt to find out from the appellant whether he knew of the existence of the document and the document was not in his personal room or clothes but was in the kitchen evidently quite casually stored with household accounts. The much more natural tie-up of possession would be with the appellant's wife and not with the appellant. To put it briefly, I am of the opinion that the police procedure upon the discovery of this document defeated the police from being able to show that it was in the appellant's possession. This view would itself be sufficient to allow the appeal because, as I

a) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment,

(i) elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne, ou

(ii) elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne; et

b) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée sous la garde et en la possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

Pour conclure qu'une personne est en possession aux termes de cet article, il faut prouver qu'elle avait l'objet en sa possession personnelle, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, ou que, sciemment, elle l'avait en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne. Comme je l'ai mentionné, malgré le fait que la police ait eu l'occasion de faire cette preuve si elle avait voulu la faire, il n'existe en réalité aucune preuve que l'appellant avait sciemment le document en sa possession en un lieu quelconque. Par conséquent, je suis d'avis que le ministère public n'a pas réussi à prouver que l'appellant était en possession de ce document.

Sur cette base, il serait possible de disposer du présent pourvoi. Il ne s'agit pas d'une cause où un objet a été découvert dans un lieu dont seul l'accusé a la garde, comme par exemple son tiroir de l'armoire dans sa chambre à coucher, et où l'accusé nie tout simplement en avoir connaissance; il y aurait alors plusieurs circonstances qui justifieraient le refus du tribunal de croire à une telle dénégation. En l'espèce, aucun effort n'a été fait pour s'enquérir auprès de l'appellant s'il était au courant de l'existence du document et celui-ci n'a été trouvé ni dans la chambre ni dans les vêtements de l'appellant, mais plutôt dans la cuisine, parmi des factures diverses. En fait, il semblerait plus régulier d'imputer la possession du document à l'épouse de l'appellant plutôt qu'à ce dernier. En résumé, je suis d'avis que la façon d'agir des policiers lors de la découverte de ce document les empêche de prouver la possession de ce document par l'appellant. Cette opinion pourrait d'elle-même

have said, if the document was not proved to be in the appellant's possession then the existence of that document could not be added to the other circumstances which I have cited above. Therefore, there certainly could be no *prima facie* case for a conviction upon the charge of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace.

Moreover, even if this document should be held to be legally in the possession of the appellant in such circumstances as would permit an inference of his knowledge of the contents, then a further problem arises as to whether it is admissible to prove that the appellant's possession of the pistol was for a purpose dangerous to the public peace. Sergeant Chiarot and Dr. Sabatino described the document, one might summarize, as being the constitution and rituals of a secret society in Italy which preached and practised violence. The Crown relied particularly upon the evidence of a recognized expert, Dr. Sabatino, who would appear to have been a very senior officer in the criminal police of Italy and a director within its Mafia investigation services. Dr. Sabatino's evidence was extremely lengthy, both in chief and in cross-examination, but since the whole purpose for the calling of this evidence was to show that a person in the possession of that document must have some connection with that secret criminal organization in Italy, his answer on the specific point should be considered. He was asked this question by the Crown:

Q. Have you been able to form an opinion as to the position of the person who would be in possession of a document such as Exhibit 5?

After objection and argument, the questioning continued:

BY THE CROWN: Q. Well, just answer "yes" or "no", first of all, Doctor Sabatino. Have you been able to come to such an opinion?

A. On what, sir?

Q. The position of the person who would be in possession of Exhibit 5?

A. Yes.

justifier l'accueil du présent pourvoi car, comme je l'ai mentionné, s'il n'est pas prouvé que l'appelant était en possession du document, alors l'existence de ce dernier ne peut être ajoutée aux autres circonstances exposées précédemment. Par conséquent, il n'existe assurément aucune preuve suffisante à première vue qui pourrait entraîner une déclaration de culpabilité pour une accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique.

De plus, même si l'on décidait que ce document était légalement en la possession de l'appelant de façon à nous permettre de déduire qu'il en connaissait le contenu, un nouveau problème surgirait, soit celui de la recevabilité de la preuve que l'appelant avait le pistolet en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Le sergent Chiarot et le D^r Sabatino ont décrit le document comme étant la constitution et les rites d'une société secrète italienne qui prêchait la violence et qui s'y adonnait. Le ministère public s'est appuyé surtout sur le témoignage d'un expert reconnu, le D^r Sabatino, qui était, semble-t-il, un haut fonctionnaire de la police criminelle italienne et un directeur du service des enquêtes sur la Mafia. Le témoignage du D^r Sabatino fut très long, tant à l'interrogatoire principal qu'en contre-interrogatoire, mais il faut tenir compte de ses réponses sur certains points précis puisque son témoignage visait uniquement à démontrer que la personne en possession dudit document devait être reliée à l'organisation criminelle secrète italienne en question. Le ministère public lui a posé cette question:

[TRADUCTION] Q. Avez-vous été en mesure de vous forger une opinion sur l'individu qui serait en possession d'un document tel que la pièce N° 5?

Après objection et discussion, l'interrogatoire se poursuit:

[TRADUCTION] PAR LE MINISTÈRE PUBLIC: Q. Bon, avant tout, répondez seulement «oui» ou «non», D^r Sabatino. Avez-vous été en mesure de vous forger une opinion là-dessus?

R. Sur quoi, monsieur?

Q. Sur l'individu qui serait en possession de la pièce N° 5?

R. Oui.

Q. Now, upon what did you base that opinion?

A. I would base it on two fundamental motives. First of all, I would see if the person has possession of this code, whether he would have it for professional reasons because a person that studies sociology, or newspaper man or a police officer, excluding all this, then I would examine the code in relation to the other elements. To the places that the subject frequents as far as consummations of crimes, etc. Then I would form an opinion as far as that person that he does belong to the Mafia.

Q. Would the question of whether or not, for example, an unauthorized firearm found in the same house—

Objection and argument.

Q. Doctor Sabatino, assuming it were a fact, would the fact that an unauthorized firearm was found in the same home as Exhibit number 5 have any bearing upon your opinion regarding the position of the person who had possession of Exhibit 5?

A. In Italy, my duty is not to adjudicate but as far as a Magistrate calling the attention of the Magistrate in this respect, in the presence of the codice and the arm, there are two things I would consider—

THE COURT: We are wasting time, I think Mr. Armstrong.

THE CROWN: Sorry, Your Honour?

THE COURT: I say I think we are wasting time.

THE CROWN: I thought he was about to —

THE COURT: Well, is the answer coming?

THE INTERPRETER: I was just—one more word, Your Honour.

THE WITNESS: I would consider it the same thing.

BY THE CROWN: Q. I am sorry?

A. Having the gun in the same house where this document was found, I would consider the same thing but it is up to the Magistrate to decide in it.

BY THE COURT: Well, Doctor, you say you have studied the methods and organization of the Mafia?

A. Yes, sir.

Q. Well, are there ranks within the Mafia?

A. Yes.

Q. Maintenant, sur quoi fondez-vous cette opinion?

R. Je la fonderais sur deux motifs principaux. Premièrement, il faudrait vérifier si la personne avait des raisons professionnelles d'avoir ce code en sa possession, soit parce qu'elle étudie la sociologie ou parce qu'elle est journaliste ou policier. Si tel n'est pas le cas, il faudrait alors envisager la possession de ce code à la lumière d'autres éléments, tels que les endroits fréquentés par le sujet et les activités criminelles qui s'y déroulent, etc. Je serais alors en mesure de me forger une opinion quant à son appartenance à la Mafia.

Q. Est-ce que la question de savoir si oui ou non, par exemple, une arme prohibée est trouvée dans la même maison—

Objection et discussion.

Q. Dr Sabatino, en supposant que ce soit un fait, est-ce que le fait d'avoir trouvé une arme non autorisée dans la même maison où a été trouvée la pièce N° 5 influe de quelque façon sur votre opinion de l'individu qui était en possession de la pièce N° 5?

R. En Italie, ce n'est pas à moi de juger mais pour ce qui est du magistrat, pour attirer son attention à cet égard, si j'étais mis en présence du code et de l'arme, il y a deux choses que je considérerais...

LA COUR: Nous perdons du temps, je crois, M. Armstrong.

LE MINISTÈRE PUBLIC: Pardon, votre Seigneurie?

LA COUR: Je dis que nous perdons du temps.

LE MINISTÈRE PUBLIC: Je croyais qu'il était sur le point de—

LA COUR: Bon, va-t-il répondre?

L'INTERPRÈTE: J'étais justement—quelques mots encore, votre Seigneurie.

LE TÉMOIN: Pour moi cela ne change rien.

PAR LE MINISTÈRE PUBLIC: Q. Pardon?

R. Avoir le pistolet dans la même maison où a été trouvé ce document, pour moi cela ne change rien mais c'est au magistrat qu'il appartient de se prononcer là-dessus.

PAR LA COUR: Bon, vous avez dit docteur que vous avez étudié les méthodes et l'organisation de la Mafia?

R. Oui, monsieur.

Q. Bon, existe-t-il des rangs à l'intérieur de la Mafia?

R. Oui.

Q. You mean you have the men that do the work and others that give orders and directions?

A. Yes. Yes, It would be like a pyramid, sir.

Q. Well, are the workers not allowed to bear arms or have this type of document in their possession?

A. As far as these documents, sir, I have the impression that there is few in circulation. During my activity either through the personnel or my own knowledge, we have followed hundreds of searchings or thousands of searchings during the period of ten years and we have only found few, very few, of similar codes. There are copies that might be around but not many.

As far as we are concerned, this is not a fundamental element. Depends on what crime that person has done; a Mafiosa crime or what. First of all, extortion, sir.

Arnup J.A. summarized that answer in these words:

I do not find in it any testimony justifying a finding that without any external evidence linking the accused to the organization or to some kind of activity in which the organization engages, the mere possession of this very rare document gives rise to an inference of "connection" with the organization.

As I read his evidence this witness testified to the contrary effect.

I am in complete agreement with Arnup J.A.'s statement and I think that the testimony of Dr. Sabatino must be considered in the light of the evidence given for the defence by Professor Chandler. It is true that the learned trial judge found that Professor Chandler's evidence was not of much assistance to him and that such evidence seemed entirely divorced from reality but that evidence, being a matter of expert opinion in no way dependent on credibility, may be assessed as well by this Court as by the learned trial judge and that evidence, I think, demonstrated quite conclusively that the document, if it were the constitution and rituals of a secret organization and not a mere collection of antiquities from various sources many of which were designated by Professor Chandler, was a constitution and set of rituals of an organization which flourished in Naples and not in Calabria and which died after a historic trial in

Q. Vous voulez dire qu'il y a des hommes qui exécutent le travail alors que d'autres donnent les ordres et les directives?

R. Oui. Oui. Cela ressemble à une pyramide, monsieur.

Q. Bon, est-ce que l'on permet aux travailleurs de porter des armes ou d'avoir en leur possession ce genre de document?

R. Concernant ces documents, monsieur, j'ai l'impression qu'il y en a très peu en circulation. Mes agents et moi-même avons effectué des centaines sinon des milliers de perquisitions au cours d'une période de dix ans et nous n'avons trouvé qu'un très petit nombre de codes semblables. Il peut en exister des copies mais un nombre très minime seulement.

En ce qui nous concerne, il ne s'agit pas d'un élément très important. Tout dépend du crime que la personne a commis; un crime relié ou non à la Mafia. En premier lieu, l'extorsion, monsieur.

Le juge Arnup a résumé cette réponse en ces mots:

[TRADUCTION] Je n'y vois aucune preuve qui permet de conclure qu'en l'absence de preuves extrinsèques qui reliaient l'accusé à l'organisation ou à une activité de cette dernière, la simple possession de ce rarissime document peut permettre de faire un «lien» avec cette organisation.

A la lecture de ce témoignage, il me semble avoir un effet contraire.

Je suis entièrement d'accord avec la déclaration du juge Arnup et je crois que le témoignage du Dr Sabatino doit être considéré à la lumière de celui déposé par le professeur Chandler au nom de la défense. Il est vrai que le savant juge du procès a conclu que le témoignage du professeur Chandler lui avait été peu utile et que ce témoignage lui semblait complètement détaché de la réalité mais puisqu'il s'agit du témoignage d'un expert où la crédibilité n'est pas un facteur, il peut être apprécié aussi bien par cette Cour que par le juge du procès, et je crois que ce témoignage prouve de façon concluante que le document, s'il s'agit bien de la constitution et des rites d'une organisation secrète et non une simple collection d'antiquités de sources diverses dont plusieurs ont été identifiées par le professeur Chandler, consistait en la constitution et en l'ensemble des rites d'une organisation qui prit de l'ampleur à Naples et non en Calabre et

1912—60 years before the document was found in the residence of the appellant. I cannot imagine a more fragile ground for an argument that the appellant was linked with some unnamed and unoutlined criminal organization. If there were some modern day, or, more properly, 19th Century Viking writers, would one's possession of some of the sagas show that he had not a mere antiquarian interest in ancient forebears but an active membership in a present day collection of criminals? How can this slim evidence constitute proof beyond reasonable doubt? To merely state the proposition is to disprove it.

For this reason, even if Exhibit 5 had been proved to be in the possession of the appellant, then I am of the opinion that it has no probative value to show that the appellant possessed this weapon for a purpose dangerous to the public peace. Therefore, I am in agreement with Arnup J.A. that the Crown has not proved a *prima facie* case upon the charge.

In view of the fact that without this evidence there is nothing upon which the Crown could base the charge, I would allow the appeal upon this count and not merely grant a new trial but direct an acquittal.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Appellant was convicted at Toronto, on June 30, 1972, by His Honour Judge Moore of the following charges:

- (1) possession, without lawful justification or excuse, of six counterfeit Bank of Canada \$10 notes, contrary to the Criminal Code, section 408;
- (2) possession of a weapon, to wit, a .25 calibre pistol for a purpose dangerous to the public peace, contrary to the Criminal Code, section 83;
- (3) possession of a restricted weapon, to wit, a .25 calibre pistol for which he did not have a registration certificate issued to him, contrary to the Criminal Code, section 91.

qui s'éteignit après un procès historique en 1912—60 ans avant que le document ne soit découvert dans la demeure de l'appelant. Je ne puis imaginer un fondement d'argument plus fragile que celui voulant que l'appelant soit relié à une organisation criminelle vague et innommée. S'il y avait de nos jours des écrivains Viking ou, encore mieux, s'il y en avait eus au 19^{ème} siècle, est-ce que le fait qu'un individu possède quelques-unes de ces sagas démontre non pas un intérêt pour les choses anciennes mais plutôt son association avec un groupe de criminels d'aujourd'hui? Comment une preuve aussi mince peut-elle constituer une preuve hors de tout doute raisonnable? La simple énonciation de cette proposition entraîne son rejet.

Pour ce motif, même si l'on avait prouvé que la pièce n° 5 était en la possession de l'appelant, je suis d'avis qu'elle ne possède aucune valeur probante pour démontrer que l'appelant avait cette arme en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique. Par conséquent, je partage l'avis du juge Arnup que le ministère public n'a pas présenté une preuve suffisante à première vue à l'égard de l'accusation en question.

Puisque sans cette preuve l'accusation formulée par le ministère public devient sans fondement, j'accueillerais le pourvoi interjeté à l'encontre de ce chef d'accusation et j'ordonnerais non pas un nouveau procès mais un verdict d'acquiescement.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Le 30 juin 1972, à Toronto, son honneur le juge Moore a déclaré l'appelant coupable des accusations suivantes:

- (1) possession, sans justification ou excuse légitime, de six billets contrefaits de \$10 de la Banque du Canada, contrairement aux dispositions de l'article 408 du Code criminel;
- (2) possession d'une arme, à savoir un pistolet de calibre .25, dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement aux dispositions de l'article 83 du Code criminel;
- (3) possession d'une arme à autorisation restreinte, à savoir un pistolet de calibre .25, pour laquelle il n'avait pas de certificat d'enregistrement émis en sa faveur, contrairement aux dispositions de l'article 91 du Code criminel.

Following these convictions, sentence was passed as follows:

- (1) Twelve months;
- (2) Six months, to be served consecutively to the previous sentence;
- (3) \$150 or, in the alternative, two weeks imprisonment consecutive to the terms previously referred to.

The Court of Appeal was unanimous in dismissing the appellant's appeal with respect to counts 1 and 3. It is to be noted that, as to count 3, appellant had pleaded guilty at the trial but had argued that the introduction of exhibit 5, of which more later, vitiated the whole trial.

Before we turn to the examination of count 2, which is the only one at issue before this Court, it should be noted that appellant's wife, Rosa Caccamo, had been convicted with him of possession of counterfeit money, a conviction unanimously set aside by the Court of Appeal which directed that a verdict of acquittal be entered in her case.

To establish that the possession by appellant of a .25 calibre pistol was for a purpose dangerous to the public peace, the Crown relied on the following circumstances which were accepted by the trial judge:

- (1) the possession by the accused of the six \$10 counterfeit bills which were the basis of the conviction under count 1;
- (2) the possession of a loaded pistol on top of a wardrobe in his bedroom, in a box with eight additional rounds of ammunition, which was the basis of the conviction under count 3;
- (3) the possession by the accused in his trouser pocket of \$1,713 in cash;
- (4) the discovery on the first shelf of a kitchen cupboard of handwritten notes in Italian which were filed as exhibit 5.

The circumstances of this discovery and the impact of those notes on the case are summarized

A la suite de ces déclarations de culpabilité, la sentence suivante a été prononcée:

- (1) Douze mois;
- (2) Six mois, peine à être purgée consécutivement à la sentence précédente;
- (3) \$150 ou deux semaines d'emprisonnement à être purgées consécutivement aux périodes mentionnées précédemment.

Au regard des chefs d'accusation 1 et 3, la Cour d'appel a unanimement rejeté l'appel de l'appellant. Relativement au 3^{ième} chef d'accusation, il faut souligner que l'appellant avait plaidé coupable lors du procès mais qu'il avait fait valoir que le dépôt de la pièce 5, dont nous reparlerons plus loin, avait vicié tout le procès.

Avant d'examiner le 2^{ième} chef d'accusation, le seul en litige devant cette Cour, il convient de noter que Rosa Caccamo, l'épouse de l'appellant, avait été déclarée coupable avec lui de possession de monnaie contrefaite mais que cette déclaration de culpabilité a été unanimement infirmée par la Cour d'appel qui a ordonné qu'un verdict d'acquiescement soit rendu à son égard.

Afin de démontrer que l'appellant avait en sa possession un pistolet de calibre .25 dans un dessein dangereux pour la paix publique, le ministère public s'est appuyé sur les circonstances suivantes qui ont été admises par le juge du procès:

- (1) la possession par l'accusé de six billets contrefaits de \$10 d'où la déclaration de culpabilité sous le 1^{er} chef d'accusation;
- (2) la possession d'un pistolet chargé, trouvé dans sa chambre à coucher, sur le dessus d'une armoire à linge dans une boîte avec huit cartouches additionnelles, d'où la déclaration de culpabilité sous le 3^{ième} chef d'accusation;
- (3) la possession par l'accusé, dans la poche de son pantalon, de la somme de \$1,713 en argent comptant;
- (4) la découverte, sur la première tablette d'une armoire de cuisine, de notes manuscrites en italien qui ont été déposées comme pièce n° 5.

Les circonstances de cette découverte ainsi que l'impact de ces notes sur la présente affaire ont été

by Gale, C.J.O., whose judgment is reported at 11 C.C.C. (2d) 249 (p. 253):

The accused's house was searched by the police pursuant to a warrant alleging that certain firearms were suspected of being present there. During that search, the counterfeit money and a .25-calibre pistol were both found in the dresser in the accused's bedroom. In a kitchen cupboard, the police also found the handwritten notes, in Italian, which at the trial became ex. 5. They seized the notes without the appellant's knowledge and without asking him for any explanation as to what they were. At trial, the Crown introduced the notes as an exhibit and called two expert witnesses to explain their significance and meaning. One witness was an R.C.M.P. officer with extensive experience in Italy as an assistant to Canadian immigration officials, which duties had given him knowledge of the workings of secret criminal organizations in Italy. The other witness, one Dr. Alberto Sabatino, was a senior Italian police official, with special knowledge of secret criminal organizations, such as the Mafia. Both men indicated that the document seized in the appellant's home was a type of constitution of a secret Italian criminal organization related to the Mafia and that anyone in possession of it almost certainly had to belong to the organization. The defence also called an expert witness, a Dr. Chandler, who stated that the organization described in the document was virtually extinct since 1912 and had no relationship to the Mafia. The Crown tendered this evidence, of which the defence had no prior notice, as relevant to the issue of whether the accused's possession of the pistol was for a purpose dangerous to the public peace.

As to count 2, the question was expressed in the following terms by Gale, C.J.O., at p. 254:

Did the mere possession of ex. 5 by the male accused so connect him with the organization about which it is written as to permit the inference that his possession of the gun was for a purpose dangerous to the public peace?

An affirmative answer was given to that question by a majority of the Court, the dissenting view of

résumés par le juge en chef Gale, de la Cour d'appel de l'Ontario, dont le jugement a été publié à 11 C.C.C. (2d) 249 (p. 253):

[TRADUCTION] La maison de l'accusé a été fouillée par la police en exécution d'un mandat qui faisait état de certaines armes à feu dont on soupçonnait la présence à cet endroit. Lors de cette perquisition, la monnaie contrefaite et le pistolet de calibre .25 ont été trouvés dans la commode dans la chambre à coucher de l'accusé. Dans une armoire de cuisine, la police a également trouvé des notes manuscrites, en italien, qui ont été déposées au procès comme pièce N° 5. Ces notes ont été saisies à l'insu de l'appelant et sans qu'on lui demande aucune explication sur la nature de celles-ci. Au cours du procès, le ministère public a déposé ces notes comme pièce à conviction et a appelé deux témoins experts pour qu'ils en expliquent l'importance et la signification. Un de ces témoins était un agent de la G.R.C. qui connaissait très bien l'Italie pour y avoir vécu alors qu'il occupait les fonctions d'adjoint aux agents d'immigration du Canada, lesquelles fonctions lui ont permis de se familiariser avec le fonctionnement des organisations criminelles secrètes en Italie. L'autre témoin, un certain D^r Alberto Sabatino, était un fonctionnaire supérieur de la police italienne et un spécialiste des organisations criminelles secrètes telles que la Mafia. Les deux témoins ont indiqué que le document saisi dans la maison de l'appelant était un genre de constitution d'une organisation criminelle secrète italienne apparentée à la Mafia et qu'une personne ayant en sa possession un tel document devait presque à coup sûr appartenir à cette organisation. La défense a également appelé un témoin expert, un certain D^r Chandler, qui a déclaré que l'organisation décrite dans le document n'existait plus pour ainsi dire depuis 1912 et qu'elle n'était pas apparentée à la Mafia. Le ministère public a soumis cette preuve, sans que la défense n'en ait été avisée au préalable, dans le but de démontrer que l'accusé avait le pistolet en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique.

Relativement au 2^{ième} chef d'accusation, le juge en chef Gale a formulé en ces mots la question litigieuse, à la p. 254:

[TRADUCTION] Est-ce que la simple possession de la pièce N° 5 par l'accusé masculin le relie à tel point à l'organisation décrite dans cette pièce, que l'on puisse conclure qu'il avait le révolver en sa possession dans un dessein dangereux pour la paix publique?

La majorité de la Cour d'appel a répondu affirmativement à cette question et le juge Arnup a for-

Arnup J. being expressed in the following terms in the Order of February 14, 1973:

there was no evidence upon which the trial judge could find that the possession of the weapon was for a purpose dangerous to the public peace.

On the basis of that dissent, an appeal as of right was entered by appellant upon which the Crown moved to quash the appeal for lack of jurisdiction on the ground that there was no dissent in the Court of Appeal on a question of law. This application to quash was dismissed by five judges of this Court on April 30, 1973, without reasons.

While the question of jurisdiction has not been pressed before us, I wish to underline that on the sole basis of the reasons for judgment delivered by Arnup J., I would hesitate to recognize that we have jurisdiction as of right, his reasons appearing to go to the weight of the evidence and not to its non-existence. Should these reasons be considered as having been completed by the Order of February 14, 1973, so as to bring into play the classic distinction between "no evidence" and "insufficient evidence", expressed again in two recent decisions of this Court: *R. v. Caouette*³; *Parnerkar v. The Queen*⁴?

I am strongly inclined to the view that the thinking of Arnup J. is to be found in his reasons and not in the Order and that accordingly we have no jurisdiction as of right. Be that as it may, I am ready to adopt the pragmatic approach taken by this Court in *Steinberg v. The King*⁵ and to examine the merits of the admissibility of exhibit 5.

In the case at bar, there is a second point at issue by special leave of this Court, namely the following question of law:

Did the failure of the Crown to disclose to the defence the existence of exhibit 5 until after the trial had commenced constitute a miscarriage of justice?

I—Admissibility of exhibit 5

The Crown, of course, had the burden of proving that the exhibit in question had been found in

³ [1973] S.C.R. 859.

⁴ [1974] S.C.R. 449.

⁵ [1931] S.C.R. 421.

mulé son opinion dissidente comme suit dans l'ordonnance du 14 février 1973:

[TRADUCTION] aucune preuve ne permettait au juge du procès de conclure que l'arme était possédée dans un dessein dangereux pour la paix publique.

En se fondant sur cette dissidence, l'appelant a interjeté de plein droit un pourvoi que le ministère public a cherché à faire annuler pour défaut de juridiction en alléguant que la dissidence en Cour d'appel ne portait pas sur une question de droit. Le 30 avril 1973, cinq juges de cette Cour rejetaient sans motif cette requête en annulation.

Bien que l'on n'ait pas insisté devant nous sur la question de juridiction, je désire souligner qu'en me fondant uniquement sur les motifs de jugement exprimés par le juge Arnup, j'hésiterais à reconnaître que nous avons juridiction de plein droit, car ses motifs semblent porter sur le poids de la preuve et non sur son absence. Doit-on considérer ces motifs comme ayant été complétés par l'ordonnance du 14 février 1973 de façon à mettre en jeu la distinction classique entre «l'absence de preuve» et «l'insuffisance de preuve» qui a été de nouveau énoncée dans deux arrêts récents de cette Cour: *R. c. Caouette*³, *Parnerkar c. La Reine*⁴?

Je suis fortement d'avis que le raisonnement du juge Arnup est contenu dans ses motifs et non dans l'ordonnance et que, par conséquent, nous n'avons pas juridiction de plein droit. Quoi qu'il en soit, je suis prêt à adopter la méthode pragmatique utilisée par cette Cour dans *Steinberg c. Le Roi*⁵ et à examiner le bien-fondé de l'admissibilité de la pièce n° 5.

Sur permission spéciale de cette Cour, un second point litigieux doit être examiné en l'espèce, à savoir la question de droit suivante:

Est-ce que le défaut par le ministère public de divulguer à la défense l'existence de la pièce n° 5 avant le début du procès a constitué une erreur judiciaire grave?

I—Admissibilité de la pièce n° 5

Naturellement, il incombait au ministère public de prouver que la pièce en question avait été

³ [1973] R.C.S. 859.

⁴ [1974] R.C.S. 449.

⁵ [1931] R.C.S. 421.

the possession of the appellant. The courts below undoubtedly came to the conclusion that this point had been established because all of the judges examined the question of admissibility in the light of such a possession. Indeed, Arnup J., in his dissent, writes that "the mere possession of the document" does not connect the accused with the mafia organization. Such concurrent findings in the courts below cannot be the result of an oversight considering that the provisions of s. 3(4) of the *Criminal Code* had been argued at length in connection with another aspect of the case.

In the circumstances, appellant cannot succeed on this ground. The possession of s. 3(4) of the *Criminal Code* is a question of fact capable of proof by inference. The courts below having reached a unanimous conclusion on that basis the matter must end there, because the facts proved are sufficient to support that inference.

It is not necessary therefore to invoke in support of the conclusion that the appellant was in possession of exhibit 5 the principle that "when a husband and wife live together, it is a presumption of law that the husband is in possession and control of the premises in which they reside". See *R. v. Lawson*⁶, (British Columbia Court of Appeal); *R. v. Mandzuk*⁷, (British Columbia Court of Appeal); *R. v. Tokarek*⁸ (British Columbia Court of Appeal).

Possession of exhibit 5 by appellant having been established, it remains to be seen whether, in the circumstances, the mere possession of a document of this sort, in the absence of further evidence connecting the appellant with a criminal organization, did in law entitle the magistrate to draw the inference that appellant was a member of such organization and therefore had possession of the weapon for a purpose dangerous to the public peace. In my view, this submission has been answered fully by the majority in the Court of

trouvée en possession de l'appellant. Les cours d'instance inférieure ont indubitablement conclu que ce point avait été prouvé parce que tous les juges ont étudié la question de l'admissibilité à la lumière d'une telle possession. En effet, dans ses motifs de dissidence, le juge Arnup écrit que [TRADUCTION] «la simple possession du document» ne relie pas l'accusé à la Mafia. De pareilles conclusions concordantes en cour de première instance et en cour d'appel ne peuvent résulter d'une inadvertance puisque les dispositions du par. (4) de l'art. 3 du *Code criminel* avaient été longuement plaidées relativement à un autre aspect de la cause.

Dans les circonstances, l'appelant ne peut avoir gain de cause sur ce point. La possession au sens du par. (4) de l'art. 3 du *Code criminel* est une question de fait que l'on peut prouver par déduction. La conclusion des tribunaux d'instance inférieure ayant été unanime sur cette base, l'affaire doit s'arrêter là car les faits prouvés suffisent à appuyer cette déduction.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'invoquer à l'appui de la conclusion que l'appelant était en possession de la pièce n° 5 le principe voulant que [TRADUCTION] «lorsque les conjoints vivent sous le même toit, il existe une présomption légale que l'époux a la possession et le contrôle des lieux de leur résidence». Voir *R. v. Lawson*⁶, (Cour d'appel de la Colombie-Britannique); *R. v. Mandzuk*⁷, (Cour d'appel de la Colombie-Britannique); *R. v. Tokarek*⁸ (Cour d'appel de la Colombie-Britannique).

La possession de la pièce n° 5 par l'appelant ayant été établie, il reste à voir si, dans les circonstances, la simple possession d'un tel document permettait légalement au magistrat, en l'absence de toute autre preuve reliant l'appelant à une organisation criminelle, de déduire que ce dernier était membre d'une telle organisation et que, par conséquent, il était en possession de l'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. À mon avis, la majorité de la Cour d'appel a donné une réponse complète à cette allégation et je me rallie

⁶ (1944), 81 C.C.C. 139.

⁷ [1945] 3 W.W.R. 280.

⁸ (1967), 58 W.W.R. 691.

⁶ (1944), 81 C.C.C. 139.

⁷ [1945] 3 W.W.R. 280.

⁸ [1967] 58 W.W.R. 691.

Appeal and I would adopt on this point the reasons of Gale, C.J.O.

Counsel for appellant, however, has referred us to a number of authorities which, in his submission, establish that exhibit 5 was not admissible because not relevant. In my view, the major decisions to which we have been referred do not bear out this conclusion.

In *Thompson v. The King*⁹, the prosecution on a charge of gross indecency tendered evidence that on the occasion of his arrest the appellant was carrying powder puffs and that in his rooms were found indecent photographs of boys. The House of Lords held that, in the special circumstances of the case, the evidence was admissible on the issue of identity. However, the speeches of the learned Lords indicate that in fact, in other circumstances, documents found either on the person or in the room occupied by an accused person could very well be accepted in evidence for other purposes.

In *Picken v. The King*¹⁰, a decision of this Court, a new trial was ordered because there had been produced before the jury in a case of abortion various articles found in the home of the accused by the police, acting on a search warrant, when these articles had no real pertinency between the Crown and the accused. However, Duff, C.J., speaking for the Court, was careful to point out that he was making an exception for the "knitting needle and the bicycle spoke".

*Emkeit v. The Queen*¹¹, does not add to the above, the problem being of a very different nature, namely the reading of an inflammatory poem by Crown counsel in presence of the jury.

More to the point, it seems to me, is our decision of *Prosko v. The King*¹² where three judges

aux motifs exprimés par le juge en chef Gale à cet égard.

Cependant, l'avocat de l'appelant nous a renvoyé à un certain nombre de précédents qui, selon lui, démontrent l'inadmissibilité de la pièce n° 5 parce que non pertinente. Selon moi, les décisions importantes auxquelles nous avons été renvoyés ne justifient pas cette conclusion.

Dans *Thompson v. The King*⁹, où l'appelant était accusé de grossière indécence, la poursuite avait fait la preuve que l'appelant, lors de son arrestation, était en possession de houppes à poudre et que des photographies indécentes de garçons avaient été trouvées dans ses chambres. La Chambre des Lords décida qu'en raison des circonstances spéciales de l'affaire, la preuve était admissible sur la question de l'identité. Cependant, les propos des savants lords nous indiquent qu'en réalité, dans d'autres circonstances, les documents trouvés soit sur la personne de l'accusé ou dans la chambre occupée par ce dernier pourraient fort bien être acceptés en preuve pour d'autres fins.

Dans *Picken c. Le Roi*,¹⁰ une décision de cette Cour, un nouveau procès avait été ordonné parce que l'on avait produit devant le jury, dans cette cause qui traitait d'avortement, divers objets que la police avait trouvés dans la maison de l'accusé grâce à un mandat de perquisition, alors que ces articles n'avaient aucune pertinence réelle au débat. Cependant, le juge en chef Duff, qui s'exprimait au nom de la Cour, a pris soin de souligner qu'il faisait une exception pour [TRADUCTION] «d'aiguille à tricoter et le rayon d'une roue de bicyclette».

L'affaire *Emkeit c. La Reine*¹¹ n'ajoute rien à ce qui précède puisqu'il s'agissait d'un litige de nature très différente, à savoir la lecture d'un poème de nature incendiaire par le procureur du ministère public en présence du jury.

Beaucoup plus pertinente, il me semble, est notre décision dans l'affaire *Prosko c. Le Roi*,¹² où

⁹ [1918] A.C. 221.

¹⁰ [1938] S.C.R. 457.

¹¹ [1974] S.C.R. 133.

¹² (1922), 63 S.C.R. 226.

⁹ [1918] A.C. 221.

¹⁰ [1938] R.C.S. 457.

¹¹ [1974] R.C.S. 133.

¹² (1922), 63 R.C.S. 226.

expressed no hesitation to accept that it was proper for the Crown to produce the articles found in the room of the appellant charged with murder. Idington J. had this to say at p. 235:

The only other question upon which counsel for appellant rested his appeal was the fourth question on the stated case, which reads as follows:

Was there error in permitting the Crown to produce before and exhibit to the jury as exhibits certain objects which were found in the possession of one or other of the accused on or in the premises occupied by one or other of them?

I, with great respect, find it difficult to treat such a question seriously. Some of the articles found were not worthy of serious consideration by the jury, but the false moustache and flashlight, for example, were important items well worthy of consideration in a case such as this dependent to so great an extent as it was upon circumstantial evidence.

That which was incapable of being fitted into the chain of circumstances to be relied upon, of course, would be discarded by the jury to whom we must attribute common sense.

It became the duty of the crown officer to present the suit-case contents as found and let the jury determine what was relevant and what was not. And then not leave the impression that accused was so intent in pursuit of easy money that he could think of nothing else, and hence carried only false moustaches, flashlights or glass cutters.

As to what constitutes admissible evidence, I cannot do any better than to refer to *R. v. Wray*¹³.

II—*Miscarriage of justice*

It is common ground that exhibit 5

- (a) was not mentioned at all during the preliminary enquiry;
- (b) was not disclosed to the defence prior to the beginning of the trial;
- (c) was mentioned for the first time during the second day of the trial.

It is, of course, now settled law that the sole purpose of the preliminary enquiry is to satisfy the

¹³ [1971] S.C.R. 272.

trois juges ont convenu sans hésitation que le ministère public pouvait régulièrement déposer en preuve les objets trouvés dans la chambre de l'appelant qui était accusé de meurtre. Le juge Idington s'est exprimé ainsi, à la p. 235:

[TRADUCTION] La seule autre question sur laquelle l'avocat de l'appelant a fait reposer son pourvoi est la quatrième question de l'exposé de cause, à savoir:

A-t-on commis une erreur en permettant au procureur du ministère public de déposer en preuve et à titre de pièces à conviction, devant le jury, certains objets qui ont été trouvés en la possession de l'un ou l'autre des accusés dans les lieux occupés par l'un ou l'autre de ces derniers?

Avec respect, il m'est difficile de traiter sérieusement une telle question. Certains des articles trouvés ne méritaient pas de retenir l'attention du jury, mais la fausse moustache et la lampe de poche, par exemple, étaient des articles importants, dignes de considération dans une cause comme celle-ci qui repose en grande partie sur une preuve indirecte.

Ce qui ne peut se rattacher aux circonstances invoquées doit être évidemment rejeté par le jury à qui nous devons faire confiance.

Il incombait au fonctionnaire du ministère public de déposer tel que trouvé le contenu de la valise et de laisser au jury le soin de déterminer ce qui était pertinent et ce qui ne l'était pas, afin de ne pas laisser l'impression—qu'à cela, de sorte—que l'accusé était si assoiffé d'argent qu'il ne pensait qu'à cela, de sorte qu'il ne portait sur lui que de fausses moustaches, des lampes de poche et des coupe-verre.

Relativement à ce qui constitue une preuve admissible, l'arrêt *R. c. Wray*,¹³ y répond parfaitement.

II—*Erreur judiciaire grave*

Concernant la pièce n° 5, il est reconnu que

- a) elle n'a pas du tout été mentionnée au cours de l'enquête préliminaire;
- b) elle n'a pas été divulguée à la défense avant le début du procès;
- c) elle a été mentionnée pour la première fois au cours de la seconde journée du procès.

Bien sûr, il est maintenant bien établi en droit que l'enquête préliminaire vise uniquement à satis-

¹³ [1971] R.C.S. 272.

magistrate that there is sufficient evidence to put the accused on trial and that, therefore, the Crown has the discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. *Patterson v. The Queen*¹⁴; *R. v. Epping*¹⁵.

However, counsel for the accused has put to us the following question:

Was the prosecution under a duty prior to the start of the trial to inform the defence of the existence of exhibit 5 and of its intention to introduce into evidence that exhibit?

In my opinion, the answer to that question must be in the negative.

The basic rule is that expressed in *Lemay v. The King*,¹⁶ where it was held

that counsel acting for the prosecution has full discretion as to what witnesses should be called for the prosecution and the Court will not interfere with the exercise of that discretion unless it can be shown that the prosecutor has been influenced by some oblique motive (of which there is here no suggestion). This is not to be regarded as lessening the duty of the prosecutor to bring forward evidence of every material fact known to the prosecution whether favourable to the accused or otherwise. The appeal should be dismissed since there was no obligation on the Crown to call either Powell or Lowes at the trial.

It is within the framework of the adversary system, under which our criminal law is administered, that the accused must be guaranteed a fair trial.

In that light, if the introduction of new evidence at the trial takes the accused by surprise, obviously he is entitled to a postponement. Here this postponement was accorded to the accused to the point that when the trial did proceed, he was in a position to adduce the evidence of his own expert as to the import of exhibit 5, namely Professor Chandler.

Appellant, however, submits that he has been prejudiced on two counts:

¹⁴ [1970] S.C.R. 409.

¹⁵ (1972), 57 Cr. App. R. 499.

¹⁶ [1952] 1 S.C.R. 232.

faire le magistrat qu'il existe suffisamment de preuve pour faire subir à l'accusé un procès et que, par conséquent, le ministère public a la faculté de n'y présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. *Patterson c. La Reine*¹⁴; *R. v. Epping*¹⁵.

Cependant, l'avocat de l'accusé a soumis la question suivante:

[TRADUCTION] Est-ce que la poursuite avait le devoir de dévoiler à la défense, avant le début du procès, l'existence de la pièce N° 5 ainsi que son intention de déposer en preuve cette pièce à conviction?

À mon avis, il faut répondre négativement à cette question.

La règle fondamentale à cet égard a été énoncée dans *Lemay c. Le Roi*¹⁶ où il a été décidé

[TRADUCTION] que l'avocat de la poursuite est complètement libre de décider quels témoins doivent être cités pour la poursuite et la Cour ne doit pas entraver l'exercice de cette discrétion à moins qu'on puisse démontrer que le poursuivant a agi ainsi pour des motifs détournés (ce qui n'a pas été suggéré ici). Ceci ne doit pas être interprété comme un amoindrissement du devoir du poursuivant de prouver chaque fait pertinent connu de la poursuite qu'il soit favorable ou défavorable à l'accusé. Le pourvoi doit être rejeté puisque le ministère public n'était aucunement obligé d'assigner Powell ou Lowes.

C'est dans le cadre du système contradictoire sur lequel est fondée l'administration de notre droit criminel, que la garantie d'un procès équitable doit être accordée à l'accusé.

À la lumière de ce qui précède, il est manifeste que l'accusé a droit à un ajournement si, au cours du procès, le dépôt d'une nouvelle preuve le prend par surprise. En l'espèce, cet ajournement a été accordé à l'accusé si bien qu'à la reprise du procès, il était en mesure de faire entendre son propre témoin expert, le professeur Chandler, relativement à la portée de la pièce n° 5.

Cependant, l'appellant allègue avoir subi deux préjudices:

¹⁴ [1970] R.C.S. 409.

¹⁵ [1972], 57 Cr. App. R. 499.

¹⁶ [1952] 1 R.C.S. 232.

- (1) his cross-examination of Detective Turner would have been conducted in a different light;
 (2) it is possible that, had he known of the existence of exhibit 5 and of the intention of the Crown to use it, he would have maintained his option to be heard by a judge and jury.

As to the first point, we have been referred to the following questions and answers at the beginning of Detective Turner's cross-examination:

- Q. Now, Detective Turner, just to recap, you said that you arrived at about 5:50 p.m. on August 1st at the Caccamo home?
- A. 5:50, yes, sir.
- Q. Right. And your purpose in going there was to conduct a search?
- A. Yes, sir.
- Q. In accordance with the warrant which has been introduced as an exhibit?
- A. Yes, sir.
- Q. And that was to search for firearms?
- A. Yes, sir.
- Q. Now, was the presence of counterfeit money contemplated at all in the mind of the people executing the warrant?
- A. Not in my mind, no, sir.
- Q. Have you any previous knowledge before executing that warrant of Mr. Caccamo?
- A. None that I know of, no, sir.
- Q. Or Mrs. Caccamo?
- A. No, sir.
- Q. Are you aware whether or not there are any records or if there is any information on file about him in the Police Department?
- A. Not to my knowledge, sir.
- Q. Did you check that before such time as you executed the warrant?
- A. No, sir.

I fail to see what prejudice has been suffered by the appellant as a result of this cross-examination. His character was not put into question by any of the answers given by Detective Turner and it is difficult to imagine that any harm has been done. It is true that in a general way the character of the appellant was at stake but until exhibit 5 was offered in evidence on the second day of the trial, nothing had taken place that, in my view, would

- (1) son contre-interrogatoire du détective Turner aurait été mené différemment;
 (2) s'il avait eu connaissance de l'existence de la pièce n° 5 et de l'intention du ministère public de s'en servir, il est possible qu'il aurait maintenu son choix d'un procès devant juge et jury.

Concernant le premier point, on nous a renvoyé aux premières questions et réponses du contre-interrogatoire du détective Turner:

- [TRADUCTION] Q. Maintenant, détective Turner, pour récapituler, vous avez dit que vous êtes arrivé, au cours de cette journée du 1^{er} août, à la maison de Caccamo vers 17h30?
- R. À 17h30, oui, monsieur.
- Q. Bien. Et vous y alliez pour y faire une perquisition?
- R. Oui, monsieur.
- Q. En exécution du mandat qui a été déposé comme pièce à conviction?
- R. Oui, monsieur.
- Q. Et vous deviez chercher des armes à feu?
- R. Oui, monsieur.
- Q. Maintenant, est-ce que les gens qui ont exécuté le mandat pensaient y trouver de la monnaie contrefaite?
- R. Je n'y ai pas pensé, non, monsieur.
- Q. Et que saviez-vous au sujet de M. Caccamo avant de procéder à l'exécution du mandat?
- R. Rien, monsieur.
- Q. Ou au sujet de M^{me} Caccamo?
- R. Rien, monsieur.
- Q. Savez-vous s'il existe ou non, à la Sûreté, des dossiers ou des fiches de renseignements sur lui?
- R. Pas que je sache, non monsieur.
- Q. Aviez-vous vérifié cela avant de procéder à l'exécution du mandat?
- R. Non, monsieur.

Je ne vois pas quel préjudice a subi l'appelant en conséquence de ce contre-interrogatoire. Aucune des réponses fournies par le détective Turner n'a porté sur la réputation de l'appelant et il est difficile d'imaginer qu'un tort a pu être causé. Il est vrai que, de façon générale, la réputation de l'appelant était en jeu, mais jusqu'à ce que la pièce n° 5 soit déposée en preuve le deuxième jour du procès, il ne s'était rien passé qui, à mon avis,

have given another direction to the examination or cross-examination of the witnesses heard till that time.

The second consideration, namely the option, we are told by counsel, has never been examined by any court. The right to the proper forum is indeed a major one belonging to the accused. That forum is determined by statute and, in the cases spelled out in the *Criminal Code*, the accused had a choice. Of course, the Code does not state that in a case like the one at bar, the choice is vitiated if made before the accused learns at least the substance of all the evidence to be adduced against him. We are asked here to decide that such is the result of the Crown's failure to supply the accused with at least a summary of the substance of the evidence before the expiry of the delays governing the option.

To help us in reaching a decision, we have to keep in mind what has been underlined above, namely

- (1) that the Crown does not have the obligation to show all of its evidence at the preliminary enquiry;
- (2) that, in conducting its case, the Crown has the discretion defined in the *Lemay* case above;
- (3) that, over the years, the sole effect of the introduction of new evidence at trial has been to allow the accused to obtain a postponement of the trial.

Against this background, it becomes obvious that when the accused makes its option to be tried by a judge alone or by a judge and jury, the law does not expect him to make that decision in the light of the evidence but rather in the light of the charge.

Of course, I do not deny that there could be cases where the option made could be set aside if in fact there has been a miscarriage of justice. Such was not the case here.

On this point, I adopt the reasons of Gale, C.J.O., at p. 252, who, although he was then speaking of count 1, expressed comments equally applicable to count 2:

aurait pu donner une autre orientation à l'interrogatoire ou au contre-interrogatoire des témoins entendus jusqu'alors.

Selon l'avocat de l'appelant, les cours ne se sont pas encore penchées sur le second point à considérer, c'est-à-dire l'option. Le droit d'être entendu par le tribunal approprié est effectivement un droit fondamental de l'accusé. La loi détermine ce tribunal, et dans certains cas prévus au *Code criminel*, l'accusé peut faire un choix. Bien sûr, le Code ne prescrit pas que dans une cause comme celle-ci le choix sera vicié s'il est fait avant que l'accusé ne connaisse au moins l'essentiel de toute la preuve qui sera présentée contre lui. On nous demande ici de décider que le ministère public a entraîné pareil résultat en ne fournissant pas à l'accusé au moins un résumé du contenu de la preuve avant l'expiration des délais qui régissent le choix du procès.

Pour nous aider à décider, nous devons retenir ce qui a été mentionné précédemment, à savoir

- 1) que le ministère public n'est pas obligé de dévoiler toute sa preuve au cours de l'enquête préliminaire;
- 2) que le ministère public peut, dans sa poursuite, exercer la discrétion définie dans l'affaire *Lemay* susmentionnée;
- 3) que, par le passé, la production d'une nouvelle preuve au cours du procès n'a eu pour effet que d'accorder à l'accusé la possibilité d'obtenir un ajournement du procès.

Compte tenu de ces facteurs, il devient évident que lorsque l'accusé choisit d'être jugé par un juge seul ou par un juge et un jury, on ne s'attend pas d'après la loi, à ce que l'accusé prenne cette décision à la lumière de la preuve mais plutôt à la lumière du chef d'accusation.

Bien sûr, je ne nie pas le fait qu'il pourrait y avoir des cas où le choix pourrait être écarté s'il y avait effectivement eu erreur judiciaire grave. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

Sous ce rapport, je me rallie aux motifs du juge en chef Gale, à la p. 252, qui, même s'il traitait alors du premier chef d'accusation, a exprimé certains commentaires également applicables au deuxième chef d'accusation:

It was also argued, with respect to count 1, that the introduction of ex. 5, which is apparently one of the rare statements or codes of the Mafia organization, without prior disclosure by the Crown to defence counsel, rendered the trial abortive, particularly when counsel had already re-elected for a trial by Judge alone, without knowledge that this evidence existed and would be tendered by the Crown. We do not agree that such non-disclosure gave a right to the accused to have the trial declared abortive and to re-elect for a trial by Judge and jury. Nor did it detract from or prejudice the action of defence counsel in re-electing trial by Judge alone. It does not seem to us to be right to say that a trial becomes abortive because evidence in the possession of the Crown is not disclosed to the defence prior to the opening of the trial. In this case, the Crown might have revealed its possession of the document, although I do not think this Court is able to pass on that. However, the failure to do so did not produce a mistrial, particularly because the defence, after the disclosure of the document, was given ample opportunity—indeed, as much opportunity as they wished—to see the document, examine it and take whatever position they wished in that regard. In my opinion, there was no prejudice to the accused, because really what the claim to a right of re-election amounts to is an assertion that there was some prejudice, or that it was a miscarriage of justice, to allow the trial to proceed before the County Court Judge without a jury. We do not agree that amounts to prejudice in any sense of the word.

I might add that in reaching a conclusion as to whether or not a miscarriage of justice exists, the courts are entitled to take into account the fact that the accused did not testify, which is the situation in the case at bar. I would refer on this point to *R. v. Boucher et al.*¹⁷, a decision of the Court of Appeal of British Columbia; *R. v. Cipolla*¹⁸, a decision of the Court of Appeal of Ontario; *R. v. Greenlaw (No. 1)*¹⁹, a decision of the Court of Appeal of New Brunswick.

For all these reasons, I would dismiss the appeal.

¹⁷ [1963] 2 C.C.C. 241.

¹⁸ [1965] 2 O.R. 673.

¹⁹ [1968] 3 C.C.C. 200.

[TRADUCTION] Relativement au premier chef d'accusation, on a également allégué que la production de la pièce N° 5, qui est apparemment un de ces rares énoncés ou codes de la Mafia, sans que le ministère public n'en avise au préalable l'avocat de la défense, a entaché le procès d'un défaut de procédure, surtout lorsque l'avocat avait déjà fait un nouveau choix et opté pour un procès devant un juge seul, sans qu'il soit au courant de l'existence de cette preuve et de sa production par le ministère public. Nous ne croyons pas que cette absence de divulgation ait accordé à l'accusé le droit de faire déclarer ce procès entaché d'un défaut de procédure et de choisir maintenant d'être jugé par un juge et un jury, ni qu'elle ait nui ou porté préjudice à la décision de l'avocat de la défense de choisir un procès devant un juge seul. Il ne nous semble pas juste d'affirmer que le procès devient entaché d'un défaut de procédure parce qu'une preuve en possession du ministère public n'est pas dévoilée à la défense avant le début du procès. En l'espèce, le ministère public aurait pu dévoiler le fait qu'il possédait ce document, bien que je ne crois pas que cette Cour soit en mesure de se prononcer là-dessus. Cependant, le défaut de ce faire n'a pas entraîné un vice de procédure, pour la principale raison que la défense, après la divulgation du document, a eu l'occasion—en fait, elle a eu toute la liberté voulue—de voir le document, de l'examiner et d'adopter à son égard l'attitude voulue. A mon avis, l'accusé n'a subi aucun préjudice parce qu'en réalité, la prétention au droit de faire un nouveau choix équivaut à affirmer qu'un préjudice a été causé ou qu'il y a eu erreur judiciaire grave en permettant que le procès ait lieu devant le juge de la Cour de comté sans un jury. Nous ne croyons pas que cela constitue un préjudice dans toutes les acceptations du terme.

Je ferais remarquer qu'en concluant à l'existence ou à l'inexistence d'une erreur judiciaire grave, les tribunaux ont le droit de tenir compte du fait que l'accusé n'a pas témoigné, ce qui est présentement le cas. A cet égard, je m'en reporte à *R. v. Boucher et al.*¹⁷ un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique; *R. v. Cipolla*¹⁸, un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario; *R. v. Greenlaw (N° 1)*¹⁹, un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

¹⁷ (1963), 2 C.C.C. 241.

¹⁸ [1965] 2 O.R. 673.

¹⁹ [1968] 3 C.C.C. 200.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Arthur Maloney, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Appel rejeté, le juge en chef LASKIN et le juge SPENCE dissidents.

Procureur de l'appellant: Arthur Maloney, Toronto.

Procureur de l'intimée: Attorney General of Ontario, Toronto.

Canadian Pacific Limited *Appellant;*

and

The Governments of the Provinces of Alberta, Saskatchewan, Manitoba and Ontario, and the Atlantic Provinces Transportation Commission *Respondents;*

and

The Government of the Province of British Columbia, the Attorney General of Canada, and the Canadian Transport Commission *Intervenants.*

Canadian National Railway Company *Appellant;*

and

The Governments of the Provinces of Alberta, Saskatchewan, Manitoba and Ontario, and the Atlantic Provinces Transportation Commission *Respondents;*

and

The Government of the Province of British Columbia, the Attorney General of Canada, and the Canadian Transport Commission *Intervenants.*

1975: April 24, 25; 1975: May 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Railways—Canadian Transport Commission—Proposed toll increases—Power of Commission to extend period of notice after effective date—Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 275(2)(4).

Statutes—Interpretation—Requirement of filing and publication of proposed toll increases for 30 days before becoming effective—Power of Canadian Transport Commission to reduce proposed toll increases and postpone effective date—Power of Canadian Transport Commission to extend period of notice after effective date—Order declared invalid by Court, ultra vires ab

Canadien Pacifique Limitée *Appelante;*

et

Les gouvernements des provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba et de l'Ontario et The Atlantic Provinces Transportation Commission *Intimés;*

et

Le gouvernement de la province de la Colombie-Britannique, le procureur général du Canada et la Commission canadienne des transports *Intervenants.*

La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Appelante;*

et

Les gouvernements des provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba et de l'Ontario et The Atlantic Provinces Transportation Commission *Intimés;*

et

Le gouvernement de la province de la Colombie-Britannique, le procureur général du Canada et la Commission canadienne des transports *Intervenants.*

1975: Les 24 et 25 avril; 1975: Le 20 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Chemins de fer—Commission canadienne des transports—Augmentation proposée des taux—Pouvoir de la Commission de proroger le délai d'avis après la date d'entrée en vigueur—Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, c. R-2, art. 275(2)(4).

Lois—Interprétation—L'augmentation proposée des taux doit être déposée et publiée 30 jours avant son entrée en vigueur—Pouvoir de la Commission canadienne des transports de réduire l'augmentation proposée des taux et de retarder la date d'entrée en vigueur—Pouvoir de la Commission canadienne des transports de proroger le délai d'avis après la date d'entrée en

initio—*Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 275(2)(4)—*National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 64(5).

The appellant railway companies filed with the Canadian Transport Commission and published notice of tariff increases, the effective date of which was fixed as January 1, 1975, all in accordance with regulations, orders and directions made by the C.T.C. pursuant to s. 275 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2. Thereafter on December 24, 1974, several of the respondents applied to the Railway Transport Committee of the C.T.C. for an order to suspend or postpone the tolls provided in the tariff increases and to prevent the companies from charging the increased rates. The other respondents intervened in support of the application to suspend the new rates before the Committee which, on December 31, 1974, made an order granting part of the relief sought by the respondents, postponing 50 per cent of the increases until March 1, 1975. The companies appealed to the Federal Court of Appeal contending that the action of the Committee was *ultra vires*. It was held that the order should be set aside, and this judgment was the subject of the cross-appeals to the Supreme Court, and further that the C.T.C. had power under s. 275(2) to enlarge the minimum thirty day period mentioned therein and that on its order being set aside the C.T.C. could and should consider whether an order as contemplated by s. 275(2) should be made, and this latter part of the judgment, on which the Committee acted, was the subject of the appeals to the Supreme Court.

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

On the cross-appeal, while respondents contended that the order postponing the tariff increases to the extent of 50 per cent was made in exercise of the powers given to the C.T.C. by s. 275(2), that section could not be read as empowering the C.T.C. to make the order that it purported to make. The repeal of s. 382 of the former act (the *Railway Act*, R.S.C. 1952, c. 234) and the adoption of the wording of s. 275(4) of the *Railway Act* were effected with a view to achieving the purpose stated in s. 3(a) of the *National Transportation Act*, that regulation of all modes of transport would not

vigueur—*Ordonnance déclarée invalide par la Cour, ultra vires ab initio*—*Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, art. 275(2)(4)—*Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17, art. 64(5).

Les compagnies de chemin de fer appelantes ont déposé auprès de la Commission canadienne des transports et publié un tarif comportant d'importantes majorations. La date de son entrée en vigueur avait été fixée au 1^{er} janvier 1975. Le tarif a été déposé et publié et l'avis en a été donné conformément aux règlements, aux ordres et aux instructions établis par la C.C.T. conformément à l'art. 275 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2. Un peu plus tard, le 24 décembre 1974, plusieurs des intimés ont présenté une demande au Comité des transports par chemin de fer de la C.C.T. en vue d'obtenir une ordonnance pour suspendre ou retarder l'entrée en vigueur des taux décrétés au tarif majoré et interdire aux compagnies de chemin de fer d'exiger les taux fixés dans ce tarif. Les autres intimés sont intervenus pour appuyer la demande de suspension des nouveaux taux présentée au Comité qui, le 31 décembre 1974, a rendu une ordonnance accordant en partie la demande des intimés, en retardant jusqu'au 1^{er} mars 1975 cinquante pour cent de l'augmentation. Les compagnies ont interjeté appel à la Cour d'appel fédérale alléguant que le Comité avait outrepassé ses pouvoirs en rendant cette ordonnance. Cette Cour-là a décidé d'infirmier l'ordonnance, et c'est cette partie du jugement qui fait l'objet des pourvois incidents interjetés à la Cour suprême, et elle a également décidé que la C.C.T. était autorisée en vertu du par. (2) de l'art. 275 de proroger la période minimale de trente jours y mentionnée et elle a statué qu'à la suite de l'annulation de l'ordonnance de la C.C.T., il incombait à celle-ci d'examiner si une ordonnance de la catégorie prévue au par. (2) de l'art. 275 devait être rendue, et c'est contre cette dernière partie du jugement, à la base de l'ordonnance du Comité, que les compagnies de chemin de fer se pourvoient devant la Cour suprême.

Arrêt: Les pourvois doivent être accueillis et les pourvois incidents doivent être rejetés.

Relativement au pourvoi incident, même si les intimés ont prétendu que l'ordonnance retardant la mise en vigueur de 50 pour cent de l'augmentation prévue au tarif a été faite conformément au pouvoir conféré à la C.C.T. par le par. (2) de l'art. 275, cet article ne peut être interprété comme conférant à la C.C.T. le pouvoir de rendre une telle ordonnance. L'abrogation de l'art. 382 de l'ancienne loi (la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1952, c. 234) et l'adoption du par. (4) de l'art. 275 visent à réaliser l'objectif énoncé à l'al. a) de l'art. 3 de la *Loi nationale sur les transports*, c'est-à-dire que la

restrict the ability of any mode of transport to compete freely with any other modes of transport. The C.T.C. did not therefore have any general power to do what it purported to do.

The appeal was also concerned with s. 275(2) and (4), however, even assuming that the C.T.C. had power to extend the thirty-day period required by s. 275(2) and even assuming that such extension could be required after the tariff had been filed, the extension of the period of notice would have to have been made before the effective date, because, otherwise, the tariff would have come into effect upon that date. What the C.T.C. attempted to do was to postpone the effective date *i.e.* to do indirectly what it had no power to do directly.

The requirement in s. 64(5) of the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, for the certifying by the Federal Court of Appeal of its opinion to the C.T.C. and for the Commission to make an order in accordance with such opinion does not mean that an order which the Court has declared to be invalid has the same effect as a valid order until it is set aside. Subsection (5) merely provides a procedure for implementing the opinion of the Court in respect of an appeal. To construe otherwise would run counter to the legal doctrine of *ultra vires*.

Hoffmann-La Roche v. Secretary of State for Trade and Industry, [1974] 2 All E.R. 1128, referred to.

APPEALS and CROSS-APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ allowing an appeal from the Railway Transport Committee of the Canadian Transport Commission granting an application postponing the effective date of certain proposed freight tariffs. Appeals allowed, cross-appeals dismissed.

C. R. O. Munro, Q.C., and *Gordon Miller, Q.C.*, for the appellant, Canadian Pacific Limited.

John Schiller, for the appellant, Canadian National Railway, Company.

Gordon Blair, Q.C., *François Lemieux*, and *Martin Kay*, for the Attorneys General of Alberta, Saskatchewan and Manitoba, respondents.

¹ [1975] F.C. 171.

réglementation de tous les moyens de transport ne sera pas de nature à restreindre la capacité de l'un d'eux de faire librement concurrence à tous les autres moyens de transport. La C.C.T. n'avait donc pas le pouvoir de faire ce qu'elle visait par son ordonnance.

Le pourvoi a également trait aux par. (2) et (4) de l'art. 275. Même dans l'hypothèse que la C.C.T. avait le pouvoir de proroger la période de trente jours prescrite par le par. (2) de l'art. 275, et même dans l'hypothèse qu'une telle prorogation pourrait être prescrite après le dépôt du tarif, la prorogation de la période de pré-avis devait être décrétée avant la date d'entrée en vigueur puisque, autrement, le tarif deviendrait en vigueur à cette date. En fait, la C.C.T. a tenté de remettre à plus tard l'application du tarif, c.-à-d. de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement.

L'exigence prévue au par. (5) de l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, c. N-17, portant que la Cour d'appel fédérale doit transmettre son opinion certifiée à la C.C.T. et que celle-ci doit rendre une ordonnance conformément à cette opinion ne signifie pas qu'une ordonnance invalide a le même effet qu'une ordonnance valide entre le moment où elle a été rendue et celui où elle a été infirmée. Le par. (5) ne fait rien d'autre que prescrire une procédure d'exécution de l'opinion rendue par la Cour saisie de l'appel. Interpréter différemment cette disposition irait à l'encontre de la doctrine juridique de l'*ultra vires*.

Arrêt mentionné: *Hoffmann-La Roche v. Secretary of State for Trade and Industry*, [1974] 2 All E.R. 1128.

POURVOIS et POURVOIS INCIDENTS interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a accueilli l'appel d'une ordonnance rendue par le Comité des transports par chemin de fer de la Commission canadienne des transports selon laquelle la date d'entrée en vigueur d'un tarif augmentant les taux de fret était retardée. Pourvois accueillis, pourvois incidents rejetés.

C. R. O. Munro, c.r., et *Gordon Miller, c.r.*, pour l'appelante, Canadien Pacifique Limitée.

John Schiller, pour l'appelante, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Gordon Blair, c.r., *François Lemieux*, et *Martin Kay*, pour les procureurs généraux de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, intimés.

¹ [1975] C.F. 171.

D. Burtnick, for the Attorney General of Ontario, respondent.

J. M. Davison, and *G. T. Hayes*, for the Atlantic Provinces Transport Commission, respondent.

G. W. Ainslie, Q.C., and *André Garneau*, for the Attorney General of Canada, intervenant.

W. G. Burke-Robertson, Q.C., for the Attorney General of British Columbia, intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—On November 22, 1974, the appellants, hereinafter referred to as “the railway companies”, filed and published C.F.A. Tariff No. 1005, which involved substantial tariff increases. The effective date was fixed as January 1, 1975. It is admitted that filing, publication and notice of this tariff had been effected in accordance with regulations, orders or directions made by the Canadian Transport Commission, hereinafter referred to as “the Commission”, pursuant to s. 275 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, which provides as follows:

275. (1) Every freight tariff and every amendment of a freight tariff shall be filed and published, and notice of the issue thereof and of cancellation of any such tariff or any portion thereof shall be given in accordance with regulations, orders or directions made by the Commission.

(2) Unless otherwise ordered by the Commission, when any freight tariff advances any toll previously authorized to be charged under this Act, the company shall in like manner file and publish such tariff at least thirty days before its effective date.

(3) A freight tariff that reduces any toll previously authorized to be charged under this Act may be acted upon and put into operation immediately on or after the issue of the tariff and before it is filed with the Commission.

(4) Where a freight tariff is filed and notice of issue is given in accordance with this Act and the regulations, orders and directions of the Commission, the tolls therein shall, unless and until they are disallowed by the Commission, be conclusively deemed to be the lawful tolls and shall take effect on the date stated in the tariff as the date on which it is to take effect, and the tariff supersedes any preceding tariff, or any portion thereof,

D. Burtnick, pour le procureur général de l'Ontario, intimé.

J. M. Davison, et *G. T. Hayes*, pour The Atlantic Provinces Transportation Commission, intimée.

G. W. Ainslie, c.r., et *André Garneau*, pour le procureur général du Canada, intervenant.

W. G. Burke-Robertson, c.r., pour le procureur général de la Colombie-Britannique, intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le 22 novembre 1974, les appelantes, ci-après appelées «les compagnies de chemin de fer» ont déposé et publié le tarif C.F.A. n° 1005 qui comportait d'importantes majorations. La date de son entrée en vigueur avait été fixée au 1^{er} janvier 1975. Il est admis que le tarif a été déposé et publié et que l'avis en a été donné conformément aux règlements, ordres ou instructions établis par la Commission canadienne des transports, ci-après appelée «la Commission», conformément à l'art. 275 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, qui se lit comme suit:

275. (1) Tout tarif de marchandises et chaque modification d'un tarif de marchandises doivent être déposés et publiés, et un avis de leur émission et de l'annulation de tout semblable tarif ou partie de tarif doit être donné conformément aux règlements, ordres ou instructions édictés par la Commission.

(2) Sauf ordre contraire de la Commission, lorsqu'un tarif-marchandises majore une taxe dont l'imposition était antérieurement autorisée sous le régime de la présente loi, la compagnie doit de la même manière déposer et publier ce tarif au moins trente jours avant la date de son entrée en vigueur.

(3) Un tarif-marchandises qui réduit une taxe dont l'imposition était antérieurement autorisée sous le régime de la présente loi peut devenir applicable et être appliqué dès l'émission du tarif avant même d'avoir été déposé à la Commission.

(4) Lorsqu'un tarif de marchandises est déposé et qu'un avis de son émission est donné conformément à la présente loi et aux règlements, ordres et instructions de la Commission, les taxes y prévues, à moins que la Commission ne les rejette, et tant qu'elle ne l'aura pas fait, sont péremptoirement censées être les taxes licites et doivent prendre effet à la date mentionnée dans le tarif comme étant la date où elles doivent prendre effet,

in so far as it reduces or advances the tolls therein; and the company shall thereafter, until such tariff expires, or is disallowed by the Commission, or is superseded by a new tariff, charge the tolls as specified therein.

On December 24, 1974, the Governments of the Provinces of Alberta, Saskatchewan and Manitoba, hereinafter referred to as "the respondents", applied to the Railway Transport Committee of the Commission, hereinafter referred to as "the Committee", for an order to suspend or postpone the tolls provided in Tariff No. 1005 and to enjoin the railway companies from charging the rates specified in that tariff.

Hearings were held by the Committee on December 30 and 31, 1974. Interventions in support of the application were filed by the Government of the Province of Ontario and by the Atlantic Provinces Transportation Commission.

On December 31, 1974, the Committee made an order granting part of the relief sought by the respondents. Paragraph 1 of the order provided:

1. CFA Tariff No. 1005 and all other relevant tariffs to become effective January 1st, 1975 are to go into effect as aforesaid as to 50 per cent each of the increases in tolls contained therein and the effective date thereof as to the remaining 50 per cent is postponed until March 1st, 1975.

From this order the railway companies, with leave, appealed to the Federal Court of Appeal, hereinafter referred to as "the Court", contending that the Commission had no power to postpone the operation of a freight tariff duly filed and published under s. 275 of the *Railway Act*. On the hearing before the Court the Government of the Province of British Columbia and the Attorney General of Canada were intervenants.

The Court unanimously decided that the appeals should be allowed. In the reasons it is stated that s. 275(2), on which the respondents relied as authority to support the order, could not be read "as empowering the Commission to make an order postponing the effective date of the whole or part

et le tarif remplace tout tarif antérieur ou toute partie d'un tel tarif dans la mesure où il réduit ou majore les taxes y prévues; et la compagnie doit par la suite imposer les taxes qui y sont spécifiées jusqu'à ce que ledit tarif expire, ou que la Commission le rejette ou qu'un autre tarif le remplace.

Le 24 décembre 1974, les gouvernements des provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, ci-après appelés «les intimés», ont présenté une demande au Comité des transports par chemin de fer de la Commission, ci-après appelé «le Comité», en vue d'obtenir une ordonnance pour suspendre ou retarder l'entrée en vigueur des taxes décrétées au tarif n° 1005 et interdire aux compagnies de chemin de fer d'exiger les taux fixés dans ce tarif.

Le Comité a procédé à l'audition de la demande les 30 et 31 décembre 1974. Le gouvernement de la province de l'Ontario et l'Atlantic Provinces Transportation Commission sont intervenus à l'appui de la demande.

Le 31 décembre 1974, le Comité a rendu une ordonnance accordant en partie la demande des intimés. Le paragraphe 1 de l'ordonnance prévoit:

1. Les taxes figurant au tarif CFA 1005 et autres tarifs applicables, devant entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1975, seront majorées à cette date de 50 p. cent, la seconde étape de l'augmentation étant retardée jusqu'au 1^{er} mars 1975.

Les compagnies de chemin de fer ont interjeté appel de cette ordonnance à la Cour d'appel fédérale, ci-après appelée «la Cour», avec l'autorisation de celle-ci, alléguant que la Commission n'avait pas le pouvoir de retarder la mise en vigueur d'un tarif de marchandises régulièrement déposé et publié conformément à l'art. 275 de la *Loi sur les chemins de fer*. Le gouvernement de la Colombie-Britannique et le Procureur général du Canada sont intervenus lorsque l'affaire a été soumise à la Cour.

A l'unanimité, la Cour a décidé d'accueillir les appels. Dans les motifs, on dit que le par. (2) de l'art. 275, que les intimés invoquaient comme conférant l'autorité pour rendre l'ordonnance, ne pouvait pas être interprété «comme conférant à la Commission le pouvoir de rendre une ordonnance

of a tariff which has been regularly filed and published or to set a new date for the coming into effect of the whole or part of such a tariff". It was held that the order should be set aside. From this judgment the respondents have cross-appealed to this Court.

Three of the judges of the Court, constituting the majority of the Court, went on to hold that the Commission had power, under s. 275(2), to enlarge the minimum thirty-day period mentioned therein, and stated that, upon the order of the Commission being set aside, the Commission could and should consider whether, on the application before it, an order of the kind contemplated by s. 275(2) ought to be made.

Two of the judges of the Court dissented on this issue.

The judgment of the Court was made on January 25, 1975. On February 5, 1975, the Committee made an order setting aside its order of December 31, 1974. The order then went on to provide as follows:

2. The period of notice of filing and publication of Tariff CFA 1005, and all other relevant tariffs, shall be and the same is hereby enlarged from November 22, 1974, being the date of filing, to February 28, 1975, a total of 98 days in all.

It is from the latter part of the judgment of the Court that the railway companies, with leave, have appealed to this Court.

I will deal first with the respondents' cross-appeal. On this issue I am in agreement with the unanimous decision of the Court. The respondents contended that the order of the Committee, postponing until March 1, 1975, the coming into effect of the tariff increases as to 50 per cent thereof, was made in the exercise of the powers given to it by s. 275(2) of the *Railway Act*. Dealing with this submission Thurlow J.A. said, for the Court:

I do not think it can be read as empowering the Commission to make an order postponing the effective date of the whole or part of a tariff which has been regularly

retardant la date d'entrée en vigueur d'une partie ou de l'ensemble d'un tarif dûment déposé et publié et de fixer une nouvelle date pour l'entrée en vigueur de l'ensemble ou d'une partie de ce tarif». L'arrêt ayant conclu à l'annulation de l'ordonnance, les intimés interjettent devant cette Cour un appel incident.

Trois des juges de la Cour, qui constituaient la majorité, ont conclu que la Commission avait le pouvoir, en vertu du par. (2) de l'art. 275, de proroger la période minimale de trente jours y mentionnée et statué qu'à la suite de l'annulation de l'ordonnance de la Commission, il incombait à celle-ci d'examiner si, sur présentation d'une demande à cet effet, une ordonnance de la catégorie prévue au par. (2) de l'art. 275 devait être rendue.

Deux des juges de la Cour ont été dissidents sur ce dernier point.

Le jugement a été rendu le 25 janvier 1975. Le 5 février 1975, le Comité a rendu une ordonnance infirmant son ordonnance du 31 décembre 1974. L'ordonnance décrète ensuite ce qui suit:

2. Le délai de pré-avis de dépôt et de publication du tarif CFA 1005, et de tous les autres tarifs pertinents, est reporté du 22 novembre 1974, soit la date du dépôt, au 28 février 1975, ce qui représente en tout 98 jours.

C'est contre la dernière partie du jugement de la Cour que les companies de chemin de fer se pourvoient avec autorisation.

Je traiterai d'abord de l'appel incident des intimés. Sur ce point, je suis d'accord avec la décision unanime de la Cour. Les intimés prétendent que l'ordonnance du Comité, retardant au 1^{er} mars 1975 la mise en vigueur de 50 pour cent de l'augmentation prévue au tarif, a été faite conformément au pouvoir conféré à la Commission par le par. (2) de l'art. 275 de la *Loi sur les chemins de fer*. A ce sujet, le juge d'appel Thurlow dit, au nom de la Cour:

Je ne pense pas possible de l'interpréter comme conférant à la Commission le pouvoir de rendre une ordonnance retardant la date d'entrée en vigueur d'une partie

filed and published or to set a new date for the coming into effect of the whole or part of such a tariff.

The Court also said, after considering the relevant provisions of the *Railway Act*, that the Commission did not have any general power to suspend or postpone the coming into effect of tariffs.

Prior to the enactment of the *National Transportation Act*, Statutes of Canada 1966-7, c. 69, the *Railway Act*, R.S.C. 1952, c. 234, did give such powers to the Commission's predecessor, the Board of Transport Commissioners. Section 328 of that Act provided that:

328. (1) The Board may disallow any tariff or any portion thereof that it considers to be unjust or unreasonable, or contrary to any of the provisions of this Act, and may require the company, within a prescribed time, to substitute a tariff satisfactory to the Board in lieu thereof, or may prescribe other tolls in lieu of the tolls so disallowed.

(2) The Board may designate the date at which any tariff shall come into force, and either on application or of its own motion may, pending investigation or for any reason, postpone the effective date of, or either before or after it comes into effect, suspend any tariff or any portion thereof.

These provisions were repealed by the *National Transportation Act* and were not re-enacted.

Subsection (4) of s. 275 of the present *Railway Act* provides that, where a freight tariff is filed and notice of issue is given in accordance with the Act and the regulations, orders and directions of the Commission, the tolls therein shall take effect on the date stated in the tariff as the date on which it is to take effect, and that the tolls shall be conclusively deemed to be the lawful tolls unless and until they are disallowed by the Commission.

Section 333 of the earlier Act, in subs. (3), contained provisions practically identical with s. 275(2) of the present Act, but subs. (5), which is the predecessor of s. 275(4), stated:

ou de l'ensemble d'un tarif dûment déposé et publié ou de fixer une nouvelle date pour l'entrée en vigueur de l'ensemble ou d'une partie de ce tarif.

La Cour mentionne aussi, après l'étude des dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer*, que la Commission ne dispose d'aucun pouvoir général de suspendre ou retarder l'entrée en vigueur de tarifs.

Avant l'adoption de la *Loi nationale sur les transports*, Statuts du Canada 1966-7, c. 69, la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1952, c. 234, conférait de tels pouvoirs au prédécesseur de la Commission, la Commission des transports du Canada. L'article 328 de cette dernière loi prévoyait:

328. (1) La Commission peut rejeter un tarif ou une partie de tarif qu'elle considère injuste ou déraisonnable, ou contraire à quelqu'une des dispositions de la présente loi, et exiger de la compagnie qu'elle y substitue, dans un délai prescrit, un tarif jugé satisfaisant par la Commission, ou elle peut prescrire d'autres taxes pour remplacer celles qui ont été ainsi rejetées.

(2) La Commission peut fixer la date à laquelle un tarif doit entrer en vigueur et, soit sur demande, soit de son propre chef, elle peut, en attendant une enquête ou pour une raison quelconque, retarder la date de son application effective, ou, soit avant, soit après son entrée en vigueur, suspendre un tarif ou une partie de tarif.

Ces dispositions ont été abrogées par la *Loi nationale sur les transports* et n'ont pas été édictées de nouveau.

Le paragraphe (4) de l'art. 275 de l'actuelle *Loi sur les chemins de fer* prévoit que, lorsqu'un tarif de marchandises est déposé et qu'un avis de son émission est donné conformément à la loi et aux règlements, ordres et instructions de la Commission, les taxes y prévues doivent prendre effet à la date mentionnée dans le tarif comme étant la date où elles doivent prendre effet et que les taxes sont péremptoirement censées être les taxes licites, à moins que la Commission ne les rejette, et tant qu'elle ne l'aura pas fait.

Le paragraphe (3) de l'art. 333 de la Loi de 1952 renfermait des dispositions pratiquement identiques au par. (2) de l'art. 275 de la Loi actuelle, mais le par. (5), qui est le prédécesseur du par. (4) de l'art. 275, prévoyait:

(5) Where a freight tariff is filed and notice of issue is given in accordance with this Act and regulations, orders and directions of the Board, the tolls therein shall, unless and until they are disallowed, suspended, or postponed by the Board, be conclusively deemed to be the lawful tolls and shall take effect on the date stated in the tariff on which it is intended to take effect, and it shall supersede any preceding tariff, or any portion thereof, insofar as it reduces or advances the tolls therein, and the company shall thereafter, until such tariff expires or is disallowed or suspended by the Board or is superseded by a new tariff, charge the tolls as specified therein.

When the present Act was passed, the references to suspension or postponement were omitted from s. 275(4).

In my opinion, the repeal of s. 328 of the old Act and the adoption of the wording of s. 275(4) of the present Act were effected with a view to achieving the purpose stated in s. 3(a) of the *National Transportation Act, i.e.:*

(a) regulation of all modes of transport will not be of such a nature as to restrict the ability of any mode of transport to compete freely with any other modes of transport;

My conclusion is that the Commission had no power to do what it purported to do by its order of December 31, 1974, namely, to postpone, as to 50 per cent of the increase in tolls, the effective date of the tariff. I would dismiss the cross-appeal.

The appeal, like the cross-appeal, is concerned with the meaning and effect of s. 275(2) and (4). The first submission of the railway companies is that s. 275(2) means that the railway companies have to give at least thirty days' notice of any advance in tolls unless the Commission exempts them from that requirement. The respondents and the intervenants contend that the words "unless otherwise ordered by the Commission" enable the Commission to increase as well as to decrease the required period of notice. In the view which I take of the facts of this case it is not necessary to determine this issue.

(5) Lorsqu'un tarif de marchandises est déposé et qu'un avis de son émission est donné conformément à la présente loi et aux règlements, ordres et instructions de la Commission, les taxes y prévues, à moins que la Commission ne les rejette, ou n'en suspende ou remette à plus tard l'application, et tant qu'elle ne l'aura pas fait, sont péremptoirement censées être les taxes licites et doivent prendre effet à la date mentionnée dans le tarif comme étant celle où on a l'intention de le mettre en vigueur, et un tel tarif doit remplacer tout tarif antérieur, ou une partie quelconque de ce dernier, dans la mesure où il réduit ou majore les taxes y prévues; et la compagnie doit, par la suite, imposer les taxes qui y sont spécifiées, jusqu'à ce que ledit tarif expire, ou que la Commission le rejette ou en suspende l'application ou qu'un autre tarif le remplace.

Lorsque la Loi actuelle a été adoptée, on a omis au par. (4) de l'art. 275, les mentions relatives à la suspension et à la remise à plus tard.

A mon avis, l'abrogation de l'art. 328 de l'ancienne loi et l'adoption du par. (4) de l'art. 275 visent à réaliser l'objectif énoncé à l'al. a) du par. (3) de la *Loi nationale sur les transports*; c.-à-d.:

a) que la réglementation de tous les moyens de transport ne sera pas de nature à restreindre la capacité de l'un d'eux de faire librement concurrence à tous les autres moyens de transport;

Je conclus que la Commission n'avait pas le pouvoir de faire ce qu'elle visait par son ordonnance du 31 décembre 1974, à savoir, retarder la mise en vigueur de 50 pour cent de l'augmentation des taxes. Je suis d'avis de rejeter l'appel incident.

L'appel, comme l'appel incident, a trait au sens et à l'effet des par. (2) et (4) de l'art. 275. Les compagnies de chemin de fer prétendent d'abord que le par. (2) de l'art. 275 signifie qu'elles doivent donner un pré-avis d'au moins trente jours de toute majoration de taxes, à moins que la Commission ne les en exempte. Les intimés et les intervenants prétendent que les mots «sauf ordre contraire de la Commission» autorisent la Commission à proroger ou à raccourcir la période prescrite pour l'avis. En raison de la façon dont j'envisage les faits en l'espèce, il ne m'est pas nécessaire de trancher cette question.

The railway companies, on November 22, 1974, duly filed and published C.F.A. Tariff No. 1005, effective on January 1, 1975, a date more than thirty days after the filing. Section 275(4) then became operative and provides that the tolls should take effect on the date stated in the tariff. Even assuming that the Commission had power to extend the thirty-day period required by s. 275(2), and even assuming that such extension of time could be required after the tariff had been filed (a point on which I do not need to express an opinion), the extension of the period of notice would have to be made before the effective date, because, otherwise, the tariff would have come into effect upon that date by virtue of s. 275(4).

The Commission did not purport to extend the period of notice prior to January 1, 1975. What it attempted to do was to postpone the effective date, which it had no power to do. An order of the Commission, made after the effective date of the tariff, to extend the notice required to be given by the railway companies when fixing the effective date, cannot be a genuine extension of the period of notice, but would be an attempt by the Commission to do indirectly what it had no power to do directly: *i.e.*, to postpone the effective date of the tariff.

It was submitted by the respondents that the Commission's order of December 31, 1974, continued to have effect until the Commission itself set aside the order on February 5, 1975, at which same time it made the order which the majority of the Court held that it had power to make. It was contended that, on February 5, the one order was replaced by the other, that there was no hiatus, and, consequently, C.F.A. Tariff No. 1005 never took effect.

This proposition is based upon the provisions of s. 64(5) of the *National Transportation Act*. Subsection (2) of that section provides for an appeal from the Commission to the Federal Court of Appeal, with leave of that Court, on a question of law or of jurisdiction. Subsection (5) provides:

Le 22 novembre 1974, les compagnies de chemin de fer ont dûment déposé et publié le Tarif C.F.A. n° 1005. Celui-ci devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1975, soit plus d'un mois après la date du dépôt. Le paragraphe (4) de l'art. 275 s'applique alors: il prévoit que les taxes doivent prendre effet à la date mentionnée dans le tarif. Même dans l'hypothèse que la Commission avait le pouvoir de proroger la période de trente jours prescrite par le par. (2) de l'art. 275, et même dans l'hypothèse qu'une telle prorogation pourrait être prescrite après le dépôt du tarif (une question sur laquelle je n'ai pas à exprimer d'opinion), la prorogation de la période de pré-avis devrait être décrétée avant la date d'entrée en vigueur puisque autrement, le tarif deviendrait en vigueur à cette date conformément au par. (4) de l'art. 275.

La Commission n'a pas voulu proroger la période de pré-avis avant le 1^{er} janvier 1975. Elle a tenté de retarder la date de la mise en vigueur, ce qu'elle n'avait pas le pouvoir de faire. Une ordonnance de la Commission, rendue après la date de la mise en vigueur du tarif, visant à proroger la période de pré-avis que doivent donner les compagnies de chemin de fer lorsqu'elles fixent la date d'entrée en vigueur du tarif, ne peut pas constituer véritablement une prorogation de cette période; ce serait une tentative de la Commission de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement, c'est-à-dire remettre à plus tard l'application du tarif.

Les intimés prétendent que l'ordonnance de la Commission, en date du 31 décembre 1974, est demeurée en vigueur jusqu'à ce que la Commission elle-même infirme son ordonnance, soit le 5 février 1975, alors qu'elle a rendu l'ordonnance qu'elle était, selon la majorité de la Cour, habilitée à rendre. On prétend que, le 5 février, la nouvelle ordonnance remplaçant la première, il n'y a pas eu d'interprétation et que par conséquent le Tarif C.F.A. n° 1005 n'a jamais été en vigueur.

Cette proposition s'appuie sur les dispositions du par. (5) de l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports*. Le paragraphe (2) de cet article prévoit qu'il y a appel d'une décision à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de ladite Cour. Le paragraphe (5) prévoit:

(5) On the hearing of any appeal, the Court may draw all such inferences as are not inconsistent with the facts expressly found by the Commission, and are necessary for determining the question of jurisdiction, or law, as the case may be, and shall certify its opinion to the Commission, and the Commission shall make an order in accordance with such opinion.

Because this subsection provides for the certifying of its opinion by the Court to the Commission, and the making of an order by the Commission in accordance with the opinion, it is argued that, in the present case, the order of December 31, 1974, remained in full force and effect until it was set aside by the later order of the Commission. I do not agree with this contention. The portion of the subsection with which we are here concerned does nothing more than to provide a procedure for the implementation of the opinion rendered by the Court in respect of an appeal. In the present case that opinion was that the order of the Commission under appeal was invalid and, for that reason, ought to be set aside. The Commission set it aside. In so doing it set aside an order which the Court had declared to be invalid. There is nothing in the subsection to support the proposition that the invalid order had the same effect as a valid order in the interval of time between its being made and its being set aside. To construe this provision in that way would run counter to the legal doctrine of *ultra vires*.

Counsel for the Attorney General of Canada, in response to the submission of the railway companies that the order of December 31, 1974, was invalid, and could have no legal effect whatever, relied upon a statement by Lord Diplock in *Hoffmann-La Roche v. Secretary of State for Trade and Industry*², at p. 1153:

Under our legal system, however, the courts as the judicial arm of government do not act on their own initiative. Their jurisdiction to determine that a statutory instrument is *ultra vires* does not arise until its validity is challenged in proceedings *inter partes*, either brought by one party to enforce the law declared by the instrument against another party, or brought by a party whose interests are affected by the law so declared sufficiently directly to give him *locus standi* to initiate proceedings to challenge the validity of the instrument.

² [1974] 2 All E.R. 1128.

(5) Lors de l'audition d'un appel, la cour peut déduire toutes les conclusions qui ne sont pas incompatibles avec les faits formellement établis devant la Commission, et qui sont nécessaires pour déterminer la question de compétence ou de droit, suivant le cas; puis, elle transmet son opinion certifiée à la Commission, qui doit alors rendre une ordonnance conforme à cette opinion.

Parce que ce dernier paragraphe prescrit que la Cour doit transmettre son opinion certifiée à la Commission et que celle-ci doit rendre une ordonnance conformément à cette opinion, on prétend, en l'espèce, que l'ordonnance du 31 décembre 1974 demeurait en vigueur et s'appliquait tant qu'elle n'avait pas été infirmée par la dernière ordonnance de la Commission. Je ne suis pas d'accord avec cette prétention. Cette partie du paragraphe qui est ici en cause ne fait rien d'autre que prescrire une procédure d'exécution de l'opinion rendue par la Cour saisie de l'appel. En l'espèce, cette opinion était que l'ordonnance de la Commission dont il y avait eu appel était invalide et que, pour cette raison, elle devait être infirmée. La Commission l'a infirmée et, ce faisant, elle infirmait une ordonnance que la Cour avait déclarée invalide. Il n'y a rien dans le paragraphe pour appuyer la proposition que l'ordonnance invalide avait le même effet qu'une ordonnance valide entre le moment où elle a été rendue et celui où elle a été infirmée. Interpréter ainsi cette disposition irait à l'encontre de la doctrine juridique de l'*ultra vires*.

En réponse à la prétention des compagnies de chemin de fer que l'ordonnance du 31 décembre 1974 était invalide et ne pouvait avoir aucun effet légal, l'avocat du Procureur général du Canada s'est appuyé sur un énoncé de lord Diplock dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche v. Secretary of State for Trade and Industry*², à la p. 1153:

[TRADUCTION] Toutefois dans notre système juridique, les tribunaux à titre de branche judiciaire du gouvernement n'agissent pas de leur propre initiative. Ils n'ont pas juridiction pour décider qu'un décret est *ultra vires* à moins que sa validité soit contestée dans des procédures *inter partes* intentées par une partie pour appliquer à l'autre la disposition décrétée ou par une partie dont les intérêts sont suffisamment touchés par le décret pour lui fournir directement le *locus standi* lui permettant d'en contester la validité. En l'absence d'une

² [1974] 2 All E.R. 1128.

Unless there is such challenge and, if there is, until it has been upheld by a judgment of the court, the validity of the statutory instrument and the legality of acts done pursuant to the law declared by it, are presumed.

It should be noted, however, that this passage is, in the same paragraph, immediately followed by the following statement:

It would, however, be inconsistent with the doctrine of *ultra vires* as it has been developed in English law as a means of controlling abuse of power by the executive arm of government if the judgment of a court in proceedings properly constituted that a statutory instrument was *ultra vires* were to have any lesser consequence in law than to render the instrument incapable of ever having had any legal effect on the rights or duties of the parties to the proceedings (cf *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66).

In the present case the Court, in proceedings properly constituted, gave its opinion that the Commission order of December 31, 1974, was invalid.

I would allow the appeals. The judgments of the Federal Court of Appeal should be varied by deleting therefrom all that portion thereof subsequent to the words "is invalid and ought to be set aside". The railway companies, as against the Governments of the Provinces of Alberta, Saskatchewan and Manitoba, should have the costs of the appeals and of the cross-appeals and should have the costs of their appeals to the Federal Court of Appeal. There should be no costs payable by or to the intervenants.

Appeals allowed, cross-appeals dismissed, with costs.

Solicitor for Canadian Pacific Limited: G. P. Miller, Montreal.

Solicitor for Canadian National Railway Company: H. J. G. Pye, Montreal.

Solicitor for the Governments of Saskatchewan and Manitoba: Gordon Blair, Ottawa.

Solicitor for the Government of Alberta: H. M. Kay, Calgary.

Solicitor for the Government of Ontario: D. W. Burtnick, Downsview.

telle contestation et, s'il y en a une, tant qu'un tribunal n'en a pas reconnu le bien-fondé, il y a présomption de validité du décret et de légalité des actes faits conformément à ses dispositions.

Cependant, il faut observer que ce passage est, dans le même alinéa, suivi immédiatement de l'énoncé suivant:

[TRADUCTION] Il serait, toutefois, contraire à la doctrine de l'*ultra vires*, selon son évolution dans le droit anglais comme moyen de contrôle des abus du pouvoir exécutif, si la décision d'un tribunal dans des procédures régulièrement intentées et statuant qu'un décret est *ultra vires*, ne devait pas au moins, en nullifier tout effet juridique sur les droits et obligations des parties aux procédures (cf *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66).

En l'espèce, dans des procédures régulièrement intentées, la Cour a exprimé l'opinion que l'ordonnance de la Commission, en date du 31 décembre 1974, était invalide.

Je suis d'avis d'accueillir les appels. Les jugements de la Cour d'appel fédérale doivent être modifiés en retranchant tout ce qui suit les mots «est invalide et doit être annulé». Les compagnies de chemin de fer ont droit aux dépens des appels et des appels incidents ainsi que de leurs appels à la Cour d'appel fédérale, à l'encontre des gouvernements des provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba. Il n'y a pas d'adjudication de dépens en faveur des intervenants ni contre eux.

Appels accueillis, appels incidents rejetés, avec dépens.

Procureur de la Canadien Pacifique Limitée: G. P. Miller, Montréal.

Procureur de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: H. J. G. Pye, Montréal.

Procureur des gouvernements de la Saskatchewan et du Manitoba: Gordon Blair, Ottawa.

Procureur du gouvernement de l'Alberta: H. M. Kay, Calgary.

Procureur du gouvernement de l'Ontario: D. W. Burtnick, Downsview.

Solicitor for the Atlantic Provinces Transportation Commission: L. J. Hayes, Halifax.

Solicitor for the Government of British Columbia: W. G. Burke-Robertson, Ottawa.

Solicitor for the Canadian Transport Commission: Jules Fortier, Ottawa.

Solicitor for the Attorney General of Canada: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureur de The Atlantic Provinces Transportation Commission: L. J. Hayes, Halifax.

Procureur du gouvernement de la Colombie-Britannique: W. G. Burke-Robertson, Ottawa.

Procureur de la Commission canadienne des transports: Jules Fortier, Ottawa.

Procureur du procureur général du Canada: D. S. Thorson, Ottawa.

INDEX

ACCOUNTING

Contestation of account – Whether husband is bound to give up fruits which have been consumed up to the time marriage is dissolved – Civil Code, art. 1425, now repealed.

MORAND *v.* PAQUIN, 284.

ADMINISTRATIVE LAW

Appeals – Judicial review – Aeronautics – Natural justice – Amendment of licences – “Public convenience and necessity” – Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3, s. 16 para. 8 – Federal Court Act s. 28 – National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17.

CANADIAN TRANSPORT COMMISSION *v.* WORLDWAYS AIRLINES LTD., 751.

AGENCY

Commission – Claim by real estate agent against purchaser of building – Contradiction on fact – Trial judge accepting defence evidence – Defendant instructing plaintiff to make offer – Offer rejected – Action for commission dismissed.

GINTER *et al.* *v.* OLDFIELD, KIRBY & GARDNER REAL ESTATE LTD., 292.

APPEAL

1. Supreme Court Act empowering highest Court of final resort in province to give leave to appeal to Supreme Court from final judgment – Leave to appeal given in respect of judgment affirming granting of interlocutory injunction – Not a final judgment – Court lacking jurisdiction to grant leave – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 2(1), 38.

VANDERLAAN *et al.* *v.* EDINBURGH DEVELOPMENTS LTD. *et al.*, 294.

2. Supreme Court Act empowering Supreme Court to grant leave to appeal from final or other judgment of highest Court of final resort in province – Interlocutory matter – Leave to appeal refused – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41.

VANDERLAAN *et al.* *v.* EDINBURGH DEVELOPMENTS LTD. *et al.*, 294.

BANKRUPTCY

Preferential payments – Petition by trustee to set aside – Time limit under Civil Code for Paulian actions not applicable – Repeal of federal act, consequence – Long line of cases –

BANKRUPTCY

Interpretation Act – Civil Code, art. 1040 – Bankruptcy Act, R.S.C. 1952, c. 14, s. 64 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 37.4.

GINGRAS *v.* GENERAL MOTORS PRODUCTS OF CANADA LTD., 426.

CIVIL CODE

- | | |
|--|-----|
| 1.—Articles 968 <i>et seq.</i> (Substitutions) | 588 |
| <i>See:</i> WILLS | |
| 2.—Article 1040 (Obligations) | 426 |
| <i>See:</i> BANKRUPTCY | |
| 3.—Article 1053 (Obligations) | 240 |
| <i>See:</i> NEGLIGENCE | |
| 4.—Article 1065 (Obligations) | 541 |
| <i>See:</i> FAULT | |
| 5.—Article 1425 (Community of property) | 284 |
| <i>See:</i> ACCOUNTING | |
| 6.—Articles 1684, 1688 (Lease and hire) | 541 |
| <i>See:</i> FAULT | |

CONSTITUTIONAL LAW

1. Indians – Appointment by Minister of official as administrator of estate – Legislation and Regulations relating to estates of deceased Indians – Validity – No conflict with Bill of rights – Meaning of “ordinarily reside on a reserve” – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 4(3), 42, 43 – Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b) – British North America Act, 1867, s. 91(24).

CANADA (A.G.) *et al.* *v.* CANARD, 170.

2. Contaminant discharged into Ontario and Saskatchewan rivers carried into Manitoba waters – Damage to Manitoba fisheries – The Fishermen’s Assistance and Polluters’ Liability Act, 1970 (Man.), c. 32 (Continuing Consolidation F100) – Whether statute *ultra vires* the Legislature of Manitoba.

INTERPROVINCIAL CO-OPERATIVES LTD. *et al.* *v.* THE QUEEN, 477.

CONTRACTS

1. Building contracts – Liability of contractor for materials specified in contract – Materials unsuitable or defective – Liability of supplier in absence of contractual relationship with owner.

CCH CANADIAN LTD. *v.* MOLLENHAUER, 49.

2. Decorative poles – Breakage – Non-compliance with specifications – Removal and reinstallation – Damages – Sup-

CONTRACTS—Concluded

plier entitled to the full amount of invoice – Non-intervention rule.

ARGO CONSTRUCTION LTD. v. CUSTOMOLD FIBERGLASS LTD., 132.

3. Building contract – Damages – Basis of claim – Owner in breach of contract – Extra work involved.

PENVIDIC CONTRACTING CO. LTD. v. INTERNATIONAL NICKEL CO. OF CANADA LTD., 267.

4. Restrictive covenant – Measure of liquidated damages – Whether formula reasonable or penalty – Construction of covenant in restraint of trade – Scope of covenant – Limitation of operation of covenant by construction or rectification.

CLARKE (H.G.) LTD. v. THERMIDAIRE CORPORATION LTD., 319.

5. Breach of contract – *Force majeure* clause – Interpretation – *Ejusdem generis* rule – ‘Non availability of markets’ – Discharging condition.

ATLANTIC PAPER STOCK LTD. v. ST. ANNE NACKAWIC, 580.

COURTS

1. Jurisdiction of Supreme Court of Canada – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 47 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

CANADA (A.G.) *et al.* v. CANARD, 170.

2. Supervisory power – Parole Revocation order by Parole Board – Order not required to be made on a judicial or quasi-judicial basis – Order not reviewable by Federal Court of Appeal – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.) c. 10, s. 28.

HOWARTH v. NATIONAL PAROLE BOARD, 453.

CREDITOR AND DEBTOR

Assignment – Bankruptcy – General assignment of debts to bank – Construction – *Ejusdem generis* rule – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 50(5).

CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. CAMPBELL, 341.

CRIMINAL LAW

1. Evidence – Expert evidence – Psychiatric opinion – Admissibility – Examination of accused at instance of Crown without notice or court order – Criminal Code, ss. 465(c), 543, 608.2.

VAILLANCOURT v. THE QUEEN, 13.

2. Theft, Indictment – Charge alleging ownership in “Westwood Jewellers Limited” – Evidence establishing owner as

CRIMINAL LAW—Concluded

individual carrying on business under name of “Westwood Jewellers” – Whether ground for acquittal.

LITTLE AND WOLSKI v. THE QUEEN, 20.

3. Habitual criminal – Prolonged record of offences against property – No crimes of violence involved – Whether expedient for protection of public to impose sentence of preventive detention – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 688.

HATCHWELL v. THE QUEEN, 39.

4. Obscenity – Forfeiture order – Prevailing community standards of tolerance – Evidence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(8), 160.

PROVINCIAL NEWS CO., *et al.* v. THE QUEEN, 89.

5. Interpretation – Availability of absolute or conditional discharge – Criminal Code, ss. 234, 662.1.

R. v. BRADSHAW, 162.

6. Unlawful abortion – Defences submitted to jury in error – “Necessity” not proven – Exclusion of criminal responsibility in cases of surgical operations not applicable – Verdict of acquittal by a jury – Conviction entered by Court of Appeal – Powers of Court of Appeal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. 34, ss. 251(1), (4), 45, 613(4)(b), 603, 605.

MORGENTALER v. THE QUEEN, 616.

7. Evidence – Admissibility – Self-incrimination – Identification – Admissibility of evidence of refusal of identification line-up.

MARCOUX AND SOLOMON v. THE QUEEN, 763.

8. Appeal – Crown’s notice of application for leave to appeal sentence – Crown counsel’s name signed by law student – Court of Appeal allowing preliminary objection to legal sufficiency of form of notice – Jurisdiction of Supreme Court of Canada to entertain appeal – Application for leave remitted to Court of Appeal – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41.

R. v. ARMSTRONG, 783.

9. Evidence – Surprise evidence at trial – Admissibility – Relevancy of Document – Whether document in possession of accused – Pre-trial disclosure – Preliminary enquiry – Motion to re-elect – Criminal Code, s. 3(4).

CACCAMO v. THE QUEEN, 786.

DAMAGES

1. Sudden death in air crash – Suit by executors – No claim allowed for loss of enjoyment of life and of holidays, injuries, suffering, apprehension of death – Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14.

MACK *et al.* v. AIR CANADA, 144.

2. Quantum – Difficulty in establishing loss – Estimation of loss.

PENVIDIC CONTRACTING CO. LTD. v. INTERNATIONAL NICKEL CO. OF CANADA LTD., 267.

3. Quantum – Punitive damages – Tort – Company knowingly inducing breach of contract – Conspiracy to take over

DAMAGES—Concluded

business by drawing away key employees and solicitation of major customers.

WEISS FORWARDING LTD. v. OMNUS *et al.*, 776.

EVIDENCE

Faculty member requested to give opinion about fellow staff member – Statements made in confidential documents – Error in law on part of arbitration board in considering faculty member's statements as grounds for his dismissal.

SLAVUTYCH v. BAKER *et al.*, 254.

EXECUTORS AND ADMINISTRATORS

Assets of estate distributed – Subsequent application by widow for relief made within limitation period – Court entitled to make order for maintenance – The Dependents' Relief Act, R.S.S. 1965, c. 128, ss. 14, 15, 16.

GILLES v. ALTHOUSE *et al.*, 353.

EXTRADITION

Extradition crimes – Conspiracy to import cocaine into the United States – Crime against the laws for the suppression of the traffic in narcotics – Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(1)(d).

COTRONI v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 219.

FAULT

Liability of contractor – Contract at fixed price – Collapse of building under construction – Subcontract for forms and supports – Overloading – Subcontractor not responsible – Civil Code, arts. 1684, 1688 and 1065.

CONCRETE COLUMN CLAMPS (1961) LTD. v. DEMONTIGNY INC., *et al.*, 541.

HIGHWAYS

1. Limitations – Common carrier – Damage to cargo – Collision with low bridge – The Highway Traffic Act, 1970 R.S.O., c. 202, s. 146(1).

BRUELL FLOAT SERVICE LTD. v. ONTARIO HYDRO, 9.

2. Particular hazard – Knowledge and constructive notice of hazard – Duty of Highway Department to remedy or warn – The Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, s. 33(1).

R. v. CÔTÉ, 595.

IMMIGRATION

Deportation order – Discretionary power of the Immigration Appeal Board to stay execution of the order – Loss of this power in certain cases by the filing of a certificate signed by the Minister and the Solicitor General, based on the national interest – Whether subject of the order has the right to be heard before certificate is filed – Whether appellant was deprived of his right to equality before the law by the filing of this certificate – Whether he is subject to arbitrary detention, imprisonment or exile – Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-2, ss. 15, 21 – Canadian Bill of Rights, ss. 1(b), 2(a), 2(e).

PRATA v. MINISTER OF MANPOWER AND IMMIGRATION, 376.

INSURANCE

1. Marine insurance of carrier – Liability clause where cargo carried on deck at shipper's risk – Verbal contract between shipper and carrier – Carrier would have been liable in case of written contract placing cargo on deck at shipper's risk – Insurer's liability.

WESTERN ASSURANCE CO. v. DESGAGNÉS, 286.

2. Comprehensive business liability policy – Collapse of crane – Accident within meaning of policy – Unlooked for mishap or occurrence – Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 197, s. 100.

CANADIAN INDEMNITY CO. v. WALKEM MACHINERY & EQUIPMENT LTD., 309.

3. Liability Insurance – Liability arising from actions of insured – Intent to cause injury – Exclusion of liability for actions by the insured “with intent” – “Intent” – “Accident” – The Insurance Act, 1968 (N.B.), c. 6, s. 2.

CO-OPERATIVE FIRE & CASUALTY COMPANY v. SAINDON *et al.*, 735.

LABOUR RELATIONS

1. Collective agreement – Temporary shortage of work – Company's right to reduce the number of working hours rather than the number of employees – Definition of “lay-off”.

AIR-CARE LTD. v. UNITED STEEL WORKERS OF AMERICA *et al.*, 2.

2. Collective agreement – Illegal strike – Plant closed by management – Whether employer-employee relationship terminated – Whether employer bound by severance pay provisions of collective agreement.

MCGAVIN TOASTMASTER LIMITED v. AINSCOUGH *et al.*, 718.

MECHANICS' LIENS

Contracts abandoned by bankrupt contractor – Cost to complete exceeding contract prices less amounts paid on

MECHANICS' LIENS—Concluded

account – Owner holding back more than required statutory holdback – Responsibility of owner to lien claimants – Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, ss. 6, 19(2), 21(1) and (6).

NORANDA EXPLORATION CO. LTD. *et al.* v. SIGURDSON, 296.

MOTOR VEHICLES

1. Gross negligence – Driver unduly fatigued – *Res. ipsa loquitur* – The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 132(3).

JACKSON v. MILLAR, 225.

2. Highway accident – Statutory duty of police to ensure safety of public after a previous accident – Liability of police officer in damages – Vicarious liability of Commissioner – The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, ss. 3(3)(a), 46, 47.

O'ROURKE *et al.* v. SCHACHT, 53.

3. Negligence – Trucker driving in middle of highway to avoid freshly oiled strip – Failing to pull over for approaching vehicle because of probability truck would be splattered with oil – Driver of oncoming car veering to right and driving into ditch – Trucker solely at fault – The Vehicles Act, R.S.S. 1965, c. 377, s. 137(1)(a)

JORDAN v. COLEMAN *et al.*, 126.

4. Accident – Negligence – Vehicles not in contact – Motorist stopping at intersection rather than stop sign – Negligence not established – Highway Victims Indemnity Act, R.S.Q. 1964, c. 232, s. 3 – Highway Code, R.S.Q. 1964, c. 231, ss. 40, 45.

DUMESNIL v. SHEEHY, 152.

MUNICIPAL LAW

Mayor of city a major shareholder in building company – Shares sold at enhanced value after adoption by city of replotting programme – Mayor involved in certain land transactions – City's claim to recover gain made upon sale of shares dismissed.

HAWRELAK v. CITY OF EDMONTON, 387.

NEGLIGENCE

1. Householder's liability – Outer stairway in good condition – Guest on crutches fell on a patch of winter ice – Adequate clearing – Assistance refused by guest – Householder not bound to act so as to rule out any possibility of an accident – Civil Code, art. 1053.

SWIFT v. MACDOUGALL, 240.

2. Police – Department of Highways – Causation – Contributory negligence – Apportionment of liability.

R. v. CÔTÉ, 595.

3. Level crossing accident – Child waiting at crossing while slowly moving freight train engaged in switching operations –

NEGLIGENCE—Concluded

Whether special circumstances requiring railway company to take additional precautions commensurate with foreseeable risk of harm.

PASKIVSKI v. CANADIAN PACIFIC LTD., 687.

PATENTS

Validity – Reissue – Conductive cream for skin contact electrodes not a medicine – Interpretation of specification and claims in light of knowledge of man skilled in the art – Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 36(1) and 41(1).

BURTON PARSONS CHEMICALS, INC. v. HEWLETT-PACKARD (CANADA) LTD., 555.

PHYSICIANS AND SURGEONS

Sale of medication to patient for duration of treatment – Whether a legal act – Medical Act, R.S.Q. 1964, c. 249, s. 59 – Pharmacy Act, R.S.Q. 1964, c. 255, ss. 21, 59.

LAPORTE v. COLLEGE OF PHARMACISTS, (QUEBEC) 101.

POLICE

1. Duty of care after highway accident – Statutory duty – Failure to take adequate precautions to warn traffic of hazard – Failure to notify Highway Department timeously – The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, ss. 3(3)(a), 46, 47.

O'ROURKE *et al.* v. SCHACHT, 53.

2. Report to degrade the Director of the Police Department – Standardization of rank asked for by Attorney General – Writ of evocation Commission is a quasi-judicial tribunal – Natural justice rules apply – Police Act, 1968 (Que.), c. 17, s. 20 – Act to constitute the Montreal Urban Community Police Department, 1971 (Que.), c. 93, s. 31.

SAULNIER v. QUEBEC POLICE COMMISSION, 572.

PRACTICE

Judgment obtained in mechanics' lien action – Execution stayed by trial judge pending appeal to Court of Appeal – Appeal dismissed – Stay of execution continues pending further appeal to Supreme Court of Canada – New fiat by Court of Appeal not required – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 71(2).

FOUNDATION CO. OF CANADA LTD. v. PRINCE ALBERT PULP CO. LTD., 33.

RAILWAYS

Canadian Transport Commission – Proposed toll increases – Power of Commission to extend period of notice after effective date – Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 275(2)(4).

C.P. LTD. v. GOVERNMENT OF ALBERTA *et al.*, 815.

REAL PROPERTY

Whether document an option or an agreement of purchase and sale – No mutuality of obligation – Application of rule against perpetuities – Whether purchaser entitled to specific performance of vendor's covenant notwithstanding interest in land created by agreement may vest beyond perpetuity period.

POLITZER v. METROPOLITAN HOMES LTD., 363.

STATUTES

1. Interpretation – Ambiguity – Legislative history – Forfeiture of remission on revocation of parole – Penitentiary Act, 1960-61 (Can.), ss. 22, 25 – Parole Act, 1958 (Can.), ss. 2, 16, 18.

MARCOTTE v. DEPUTY A.G. CANADA *et al.*, 108.

2. Interpretation – Requirement of filing and publication of proposed toll increase for 30 days before becoming effective – Power of Canadian Transport Commission to reduce proposed toll increases and postpone effective date – Power of Canadian Transport Commission to extend period of notice after effective date – Order declared invalid by Court, *ultra vires ab initio* – Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 275(2)(4) – National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.) s. 64(5).

C.P. LTD. v. GOVERNMENT OF ALBERTA *et al.*, 815.

STATUTES

- 1.—Act to constitute the Montreal Urban Community Police Department, 1971 (Qué.), c. 93, s. 31..... 572
See: POLICE
- 2.—Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3, s. 16, para. 8 751
See: ADMINISTRATIVE LAW
- 3.—Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 50(5) 341
See: CREDITOR AND DEBTOR
- 4.—Bankruptcy Act, R.S.C. 1952, c. 14, s. 64..... 426
See: BANKRUPTCY
- 5.—British North America Act, 1867, s. 91(24) 170
See: CONSTITUTIONAL LAW
- 6.—Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970 App. III, s. 1(b)..... 170
See: CONSTITUTIONAL LAW
- 7.—Canadian Bill of Rights, ss. 1(b), 2(a), 2(e) 376
See: IMMIGRATION
- 8.—Carriage by Air Act, R.S.C. 1970, c. C-14..... 144
See: DAMAGES
- 9.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 465(c), 543, 608.2..... 13
See: CRIMINAL LAW

STATUTES—Continued

- 10.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 688 39
See: CRIMINAL LAW
- 11.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(8), 160..... 89
See: CRIMINAL LAW
- 12.—Criminal Code, ss. 234, 662.1..... 162
See: CRIMINAL LAW
- 13.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(1)(d) 219
See: EXTRADITION
- 14.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 251(1), (4), 45, 613(4)(b), 603, 605 616
See: CRIMINAL LAW
- 15.—Criminal Code, s. 3(4)..... 786
See: CRIMINAL LAW
- 16.—Dependants' Relief Act, R.S.S. 1965, c. 128, ss. 14, 15, 16..... 353
See: EXECUTORS AND ADMINISTRATORS
- 17.—Education Act, R.S.Q. 1964, c. 235, s. 373..... 117
See: TAXATION
- 18.—Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21 219
See: EXTRADITION
- 19.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10..... 170
See: COURTS
- 20.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 453
See: COURTS
- 21.—Federal Court Act, s. 28..... 751
See: ADMINISTRATIVE LAW
- 22.—Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, 1970 (Man.), c. 32 (Continuing Consolidation F100)..... 477
See: CONSTITUTIONAL LAW
- 23.—Highway Code, R.S.Q. 1964, c. 231, ss. 40, 45 152
See: MOTOR VEHICLES
- 24.—Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, s. 33(1)..... 595
See: HIGHWAYS
- 25.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 146(1)..... 9
See: HIGHWAYS
- 26.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, s. 132(3)..... 225
See: MOTOR VEHICLES
- 27.—Highway Victims Indemnity Act, R.S.Q. 1964, c. 232, s. 3 152
See: MOTOR VEHICLES
- 28.—Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-2, ss. 15, 21..... 376
See: IMMIGRATION
- 29.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 11(1)(a). 245
See: TAXATION

STATUTES—Concluded

30.—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 4(3), 42, 43	170
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
31.—Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 197, s. 100.....	309
<i>See: INSURANCE</i>	
32.—Insurance Act, 1968 (N.B.), c. 6, s. 2.....	735
<i>See: INSURANCE</i>	
33.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 37.4....	426
<i>See: BANKRUPTCY</i>	
34.—Logging Tax Act, R.S.B.C. 1960, c. 225, s. 2(b)...	711
<i>See: TAXATION</i>	
35.—Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, ss. 6, 19(2), 21(1)(6).....	296
<i>See: MECHANICS' LIENS</i>	
36.—Medical Act, R.S.Q. 1964, c. 249, s. 59.....	101
<i>See: PHYSICIANS AND SURGEONS</i>	
37.—National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17.....	751
<i>See: ADMINISTRATIVE LAW</i>	
38.—National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 64(5).....	815
<i>See: STATUTES</i>	
39.—Parole Act, 1958 (Can.), c. 38, ss. 2, 16, 18.....	108
<i>See: STATUTES</i>	
40.—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 36(1), 41(1) ..	555
<i>See: PATENTS</i>	
41.—Penitentiary Act, 1960-61 (Can.), c. 53, ss. 22, 25	108
<i>See: STATUTES</i>	
42.—Pharmacy Act, R.S.Q. 1964, c. 255, ss. 21, 59.....	101
<i>See: PHYSICIANS AND SURGEONS</i>	
43.—Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, ss. 3(3)(a), 46, 47.....	53
<i>See: POLICE</i>	
44.—Police Act, 1968 (Que.), c. 17, s. 20.....	572
<i>See: POLICE</i>	
45.—Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 275 (2)(4) ...	815
<i>See: RAILWAYS</i>	
46.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 71(2).....	33
<i>See: PRACTICE</i>	
47.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 47....	170
<i>See: COURTS</i>	
48.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 2(1), 38, 41.....	294
<i>See: APPEAL</i>	
49.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41....	783
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
50.—Trade Marks Act, 1952-53 (Can.), c. 49, ss. 2(f), 18, 47.....	527
<i>See: TRADE MARKS</i>	
51.—Vehicles Act, R.S.S. 1965, c. 377, s. 137(1)(a).....	126
<i>See: MOTOR VEHICLES</i>	

TAXATION

1. Valuation for school tax – Machinery declared non-taxable by one municipality in the school territory – Basis of valuation for entire school territory – Education Act, R.S.Q. 1964, c. 235, s. 373.

COLD INDUSTRIES (CANADA) LTD. et al. v. SCHOOL COMMISSIONERS, 117.

2. Income tax – Capital cost allowance – Mines – Passageways created by the mining of ore – Future re-use intended – Construction and extension expenditures not capital expenses – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 11(1)(a) – Income Tax Regulations, 1100(1)(a)(xii), Class 12, para. (f), Schedule B.

DENISON MINES LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 245.

3. Logging tax – Agreement fixing compensation for surrender of rights to cut timber – Agreement executed under threat of expropriation – Tax assessed on difference between amount of compensation received and price paid for acquisition of cutting rights – Whether liability to pay tax – Logging Tax Act, R.S.B.C. 1960, c. 225, s. 2(b), as re-enacted by 1969, c. 35, s. 16(1)(b).

THE MINISTER OF FINANCE v. KICKING HORSE FOREST PRODUCTS LTD., 711.

TRADE MARKS

Registration – Validity – Distinctiveness – Assignments of manufacturer's trade mark to assignor, and from assignor to registered owner – Trade mark affixed by manufacturer to product assembled by owner – Agreement with manufacturer assigning to owner exclusive distribution rights to the product with certain restrictions – Assigned trade mark does not identify goods as those of the assignee owner – Trade Marks Act, 1952-53 (Can.), c. 49, ss. 2(f), 18 and 47.

BRECK'S SPORTING GOODS CO. LTD. v. MAGDER et al., 527.

TRUSTS AND TRUSTEES

Will creating trust for conversion notwithstanding powers to postpone – Trust covering all assets of estate including unproductive realty – Duty of trustee to act impartially between life tenant and remaindermen – Life tenant entitled to be credited with notional income on value of assets.

THE PUBLIC TRUSTEE v. LAUER, 781.

WILLS

Interpretation – The prohibition against alienation does not necessarily establish a substitution – Husband and wife having a joint share of immovable – Difference between the texts of two wills appointing the same son as legatee of the immovable – Civil Code, arts. 968 et seq. and 975.

O'NEILL et al. v. O'NEILL et al., 588.

INDEX

ASSURANCE

1. Assurance maritime de voiturier – Clause de responsabilité en cas de transport de cargaison en pontée au risque de l'expéditeur – Contrat verbal entre expéditeur et voiturier – Voiturier serait responsable en cas de contrat écrit mettant cargaison en pontée au risque de l'expéditeur – Responsabilité de l'assureur.

WESTERN ASSURANCE CO. C. DESGAGNÉS, 286.

2. Police d'assurance générale de responsabilité d'entreprise commerciale – Effondrement d'une grue – Accident au sens de la police – Sinistre ou évènement inattendu – Insurance Act, 1960, c. 197, art. 100.

CANADIAN INDEMNITY CO. C. WALKEM MACHINERY & EQUIPMENT LTD., 309.

3. Police d'assurance responsabilité – Responsabilité découlant des actes de l'assuré – Intention de causer des blessures – Exclusion de responsabilité pour les actes posés « intentionnellement » par l'assuré – « Intention » – « Accident » – Loi sur les assurances, 1968 (N.-B.), c. 6, art. 2.

CO-OPERATIVE FIRE & CASUALTY COMPANY C. SAINDON *et al.*, 735.

BREVETS

Validité – Redélivrance – Crème conductrice pour électrodes sur la peau non destinée à la médication – Interprétation du mémoire descriptif et des revendications en fonction des connaissances d'un homme de l'art – Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, c. P-4, art. 36(1) et 41(1).

BURTON PARSONS CHEMICALS, INC. C. HEWLETT-PACKARD (CANADA) LTD., 555.

CHEMINS DE FER

Commission canadienne des transports – Augmentation proposée des taux – Pouvoir de la Commission de proroger le délai d'avis après la date d'entrée en vigueur – Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, c. R-2, art. 275(2)(4).

C.P. LTÉE C. GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA *et al.*, 815.

CODE CIVIL

- 1.—Articles 968 *et seq.* (Substitutions)..... 588
Voir: TESTAMENTS
- 2.—Article 1040 (Obligations)..... 426
Voir: FAILLITE
- 3.—Article 1053 (Obligations)..... 240
Voir: NÉGLIGENCE
- 4.—Article 1065 (Obligations)..... 541
Voir: FAUTE

CODE CIVIL—Fin

- 5.—Article 1425 (Communauté de biens)..... 284
Voir: REDDITION DE COMPTE

- 6.—Articles 1684, 1688 (Louage)..... 541
Voir: FAUTE

CONTRAT

1. Contrats de construction – Responsabilité de l'entrepreneur relativement aux matériaux décrits au contrat – Matériaux impropres ou défectueux – Responsabilité du fournisseur en l'absence de liens contractuels avec le propriétaire.

CCH CANADIAN LTD. C. MOLLENHAUER, 49.

2. Hampes décoratives – Bris – Non-conformité au devis – Enlèvement et réinstallation – Dommages-intérêts – Droit du fournisseur au plein montant convenu – Règle de non-intervention.

ARGO CONSTRUCTION LTD. C. CUSTOMOLD FIBERGLASS LTD., 132.

3. Contrat de construction – Dommages-intérêts – Fondement de la réclamation – Violation du contrat par le propriétaire – Travaux supplémentaires rendus nécessaires.

PENVIDIC CONTRACTING CO. LTD. C. INTERNATIONAL NICKEL CO. OF CANADA LTD., 267.

4. Clause restrictive – Mesure des dommages liquidés – S'agit-il d'une formule raisonnable ou d'une pénalité? – Interprétation de la clause restrictive de commerce – Portée de la clause – Limitation d'application de la clause par interprétation ou par rectification.

CLARKE (H.F.) LTD. C. THERMIDAIRE CORPORATION LTD., 319.

5. Bris de contrat – Clause de force majeure – Interprétation – Règle *ejusdem generis* – Absence de marchés – Condition d'exonération.

ATLANTIC PAPER STOCK LTD. C. ST. ANNE-NACKAWIC, 580.

COURS

Pouvoir de surveillance – Libération conditionnelle – Ordonnance de révocation par la Commission des libérations conditionnelles – Ordonnance non soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire – Ordonnance non sujette à examen par Cour d'appel fédérale – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28.

HOWARTH C. COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES, 453.

CRÉANCIER ET DÉBITEUR

Cession – Faillite – Cession générale des créances à la banque – Interprétation – Règle *ejusdem generis* – Lois sur la faillite, S.R.C. 1970, c. B-3, art. 50(5).

BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE C. CAMPBELL, 341.

DOMMAGES

1. Décès instantané dans écrasement d'avion – Réclamations par exécuteurs testamentaires – Aucun recours pour perte de jouissance de vie et de vacance, blessures, douleurs, appréhension de la mort – Loi sur le transport aérien, S.R.C. 1970, c. C-14.

MACK *et al.* C. AIR CANADA, 144.

2. Quantum – Préjudice difficile à déterminer – Évaluation du préjudice.

PENVIDIC CONTRACTING CO. LTD. C. INTERNATIONAL NICKEL CO. OF CANADA LTD., 267.

3. Quantum – Dommages exemplaires – Faute délictuelle – Compagnie entraînant sciemment une rupture de contrat – Conspiration pour s'emparer d'une entreprise en attirant ses principaux employés et en sollicitant ses principaux clients.

WEISS FORWARDING LTD. C. OMNUS, 776.

DROIT ADMINISTRATIF

Appels – Examen judiciaire – Aéronautique – Justice naturelle – Modification de permis – «Commodité et besoins du public» – Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, c. A-3, art. 16, par. (8) – Loi sur la Cour fédérale, art. 28 – Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, c. N-17.

COMMISSION CANADIENNE DES TRANSPORTS C. WORLDWAYS AIRLINES LTD., 751.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Indiens – Fonctionnaire nommé administrateur d'une succession par le Ministère – Lois et règlements concernant les successions d'Indiens décédés – Validité – Aucun conflit avec la Déclaration des droits de l'homme – Sens des mots «réside ordinairement dans une réserve» – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 4(3), 42 et 43 – Déclaration canadienne des droits de l'homme, S.R.C. 1970, App. III, art. 1b) – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(24).

CANADA (P.G.) *et al.* v. CANARD, 170.

2. Polluant déversé dans des rivières de la Saskatchewan et de l'Ontario et charrié dans les eaux manitobaines – Dommages aux pêcheries du Manitoba – The Fishermen's Assistance and Polluters Liability Act, 1970 (Man.), c. 32 (Statuts révisés mis

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

à jour F100) – La loi outrepassé-elle les pouvoirs de la Législature du Manitoba?

INTERPROVINCIAL CO-OPERATIVES LTD. *et al.* C. LA REINE, 477.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve – Témoins experts – Opinion des psychiatres – Recevabilité – Examen de l'accusé à la demande de la Couronne sans avis ni ordonnance de la Cour – Code criminel, art. 465 c), 543, 608.2, 13.

VAILLANCOURT C. LA REINE, 13.

2. Vol – Acte d'accusation – L'acte d'accusation désigne «Westwood Jewellers Limited» comme propriétaire – La preuve établit que le propriétaire est une personne qui exerce des affaires sous la raison sociale de «Westwood Jewellers» – Cela entraîne-t-il un acquittement?

LITTLE ET WOLSKI C. LA REINE, 20.

3. Repris de justice – Dossier chargé d'infractions contre la propriété – Aucun crime de violence au dossier – Est-il opportun, pour la protection du public, de condamner à la détention préventive? – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 688.

HATCHWELL C. LA REINE, 39.

4. Obscénité – Ordonnance de confiscation – Normes de tolérance admises dans la collectivité – Preuve – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 159(8), 160.

PROVINCIAL NEWS CO., *et al.* C. LA REINE, 89.

5. Interprétation – Une libération inconditionnelle ou sous condition peut-elle être accordée? – Code criminel, art. 234 et 662.1.

R. C. BRADSHAW, 162.

6. Avortement illégal – Défenses erronément soumises au jury – «Nécessité» non prouvée – Exclusion de responsabilité criminelle en cas d'opérations chirurgicales non applicable – Verdict d'acquiescement prononcé par jury – Verdict de culpabilité consigné par Cour d'appel – Pouvoirs de la Cour d'appel – Code criminel, S.R.C. 1970, c. 34, art. 251(1), (4), 45, 613(4b), 603, 605.

MORGENTALER C. LA REINE, 616.

7. Preuve – Recevabilité – Auto-incrimination – Identification – Recevabilité de la preuve du refus de participer à une parade d'identification.

MARCOUX ET SOLOMON C. LA REINE, 763.

8. Pourvoi – Avis de la part du ministère public d'une demande d'autorisation d'appel d'une sentence – Signature du substitut du procureur général apposée par un étudiant en droit – La Cour d'appel a fait droit à une objection selon laquelle l'avis de la demande n'était pas conforme aux exigences de la loi – Jurisdiction de la Cour suprême du Canada pour entendre le pourvoi – La demande d'autorisation d'appel est renvoyée à la Cour d'appel – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 41.

R. C. ARMSTRONG, 783.

DROIT CRIMINEL—Fin

9. Preuve – Preuve inattendue présentée au cours du procès – Recevabilité – Pertinence du document – Le document était-il en la possession de l'accusé? – Divulgation avant le début du procès – Enquête préliminaire – Requête en vue d'un nouveau choix quant au mode de procès – Code criminel, art. 3(4).

CACCAMO C. LA REINE, 786.

DROIT MUNICIPAL

Le maire d'une ville est un actionnaire principal d'une compagnie de construction – Actions vendues après que leur valeur eut augmentée suite au programme de relotissement adopté par la ville – Maire impliqué dans certaines transactions foncières – Rejet de la réclamation de la ville visant à recouvrer le profit sur la vente des actions.

HAWRELAK C. VILLE D'EDMONTON, 387.

EXÉCUTEURS ET ADMINISTRATEURS

Partage des biens de la succession – Demande subsidiaire de pension déposée par la veuve dans les délais prévus – Le tribunal peut rendre une ordonnance d'entretien – The Dependents' Relief Act, R.S.S. 1965, c. 128, art. 14, 15 et 16.

GILLES C. ALTHOUSE *et al.*, 353.

EXTRADITION

Crimes entraînant extradition – Complot visant importation de cocaïne aux États-Unis – Crime contre les lois relatives à la suppression du trafic des narcotiques – Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. 34, art. 423(1)*d*.

COTRONI C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 219.

FAILLITE

Paiements préférentiels – Requête du syndic en annulation – Prescription de l'action paulienne inapplicable – Effet d'abrogation de la loi fédérale – Jurisprudence – Loi d'interprétation, Code civil, art. 1040 – Loi sur la faillite, S.R.C. 1952, c. 14, art. 64 – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, c. 1-23, art. 37.4.

GINGRAS C. GENERAL MOTORS PRODUCTS OF CANADA LTD., 426.

FAUTE

Responsabilité d'entrepreneur – Contrat à forfait – Écroulement d'édifice en construction – Sous-contrat pour coffrages et supports – Surcharge – Sous-traitant non responsable – Code civil, art. 1684, 1688, 1065.

CONCRETE COLUMN CLAMPS (1961) LTD., c. DEMONTIGNY INC., 541.

FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

Testament créant une fiducie emportant conversion en espèces nonobstant les pouvoirs de différer cette conversion – Fiducie visant tous les biens de la succession y compris les biens improductifs – Obligation pour le fiduciaire d'agir avec impartialité entre l'usufruitier viager et les appelés – L'usufruitier viager est en droit de recevoir un revenu spéculatif basé sur la valeur des biens.

PUBLIC TRUSTEE C. LAUER, 781.

IMMEUBLE

Le document constitue-t-il une option d'achat ou une convention de vente et d'achat? – Aucune réciprocité d'obligations – Application de la règle contre la pérennité des droits contingents – L'acquéreur a-t-il le droit d'exiger l'exécution même de l'engagement du vendeur même si les droits sur le terrain créés par l'entente peuvent être attribués au-delà de la «perpetuity period»?

POLITZER C. METROPOLITAN HOMES LTD., 363.

IMMIGRATION

Ordre d'expulsion – Pouvoir discrétionnaire de la Commission d'appel de l'immigration de surseoir l'exécution de l'ordonnance – Privation de ce pouvoir en certains cas par dépôt de certificat signé par Ministre et solliciteur général invoquant l'intérêt national – Personne objet de l'ordonnance a-t-elle le droit d'être entendue avant la production du certificat? – Est-elle privée de son droit à l'égalité devant la loi par production de ce certificat? – Est-elle sujette à la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraire? – Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. 1-2, art. 15, 21 – Déclaration canadienne des droits, art. 1b), 2a), 2e).

PRATA C. MINISTRE DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET DE L'IMMIGRATION, 376.

LOIS

1. Interprétation – L'augmentation proposée des taux doit être déposée et publiée 30 jours avant son entrée en vigueur – Pouvoir de la Commission canadienne des transports de réduire l'augmentation proposée des taux et de retarder la date d'entrée en vigueur – Pouvoir de la Commission canadienne des transports de proroger le délai d'avis après la date d'entrée en vigueur – Ordonnance déclarée invalide par la Cour, *ultra vires ab initio* – Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, c. R-2, art. 275(2)(4) – Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, c. 10 (2^e supp.), art. 64(5).

C.P. LTÉE C. GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA *et al.*, 815.

2. Interprétation – Ambiguïté – Historique de la législation – Annulation de réduction de peine par révocation de libération conditionnelle – Loi sur les pénitenciers, 1960-61 (Can.), art.

LOIS—Fin

22, 25 — Loi sur la libération conditionnelle de détenus, 1958 (Can.), art. 2, 16, 18.

MARCOTTE c. LE SOUS-PROVISEUR GÉNÉRAL DU CANADA *et al.*, 108.

LOIS

- 1.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(24)..... 170
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL
- 2.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 465 c), 543, 608.2..... 13
Voir: DROIT CRIMINEL
- 3.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 688 39
Voir: DROIT CRIMINEL
- 4.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 159(8), 160..... 89
Voir: DROIT CRIMINEL
- 5.—Code criminel, art. 234, 662.1 162
Voir: DROIT CRIMINEL
- 6.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 423(1)d) 219
Voir: EXTRADITION
- 7.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 251(1), (4), 45, 613(4)b) 603, 605..... 616
Voir: DROIT CRIMINEL
- 8.—Code criminel, art. 3(4)..... 786
Voir: DROIT CRIMINEL
- 9.—Code de la route du Québec, S.R.Q. 1964, c. 231, art. 40, 45..... 152
Voir: VÉHICULE AUTOMOBILE
- 10.—Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art 1b) 170
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL
- 11.—Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art. 1b), 2a), 2e) 376
Voir: IMMIGRATION
- 12.—Dependant's Relief Act, R.S.S. 1965, c. 128, art. 14, 15, 16..... 353.
Voir: EXÉCUTEURS ET ADMINISTRATEURS
- 13.—Fishermen's Assistance and Polluters' Liability Act, 1970 (Man.), c. 32 (Statuts révisés mis à jour F100) 477
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL
- 14.—Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, art. 33(1)..... 595
Voir: ROUTES
- 15.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 146(1)..... 9
Voir: ROUTES
- 16.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 132(3)..... 225
Voir: VÉHICULE AUTOMOBILE
- 17.—Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 197, art. 100..... 309
Voir: ASSURANCE

LOIS—Suite

- 18.—Logging Tax Act, R.S.B.C. 1960, c. 225, art. 2b) . 711
Voir: TAXATION
- 19.—Loi constituant le service de police de la Communauté urbaine de Montréal, 1971 (Qué.), c. 93, art. 31..... 572
Voir: POLICE
- 20.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, c. I-23, art. 37.4..... 426
Voir: FAILLITE
- 21.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 11(1)a) 245
Voir: REVENU
- 22.—Loi de l'indemnisation des victimes d'accident d'automobile, S.R.Q. 1964, c. 232, art. 3..... 152
Voir: VÉHICULE AUTOMOBILE
- 23.—Loi de l'instruction publique, S.R.Q. 1964, c. 235, art. 373 117
Voir: TAXATION
- 24.—Loi de pharmacie, S.R.Q. 1964, c. 255, art. 21, 59 101
Voir: MÉDECIN ET CHIRURGIEN
- 25.—Loi de police, 1968 (Qué.), c. 17 art. 20..... 572
Voir: POLICE
- 26.—Loi médicale, S.R.Q. 1964, c. 249, art. 59 101
Voir: MÉDECIN ET CHIRURGIEN
- 27.—Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, c. N-17 751
Voir: DROIT ADMINISTRATIF
- 28.—Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, c. N-17, art. 64(5)..... 815
Voir: LOIS
- 29.—Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, c. A-3, art. 16, par. (8) 751
Voir: DROIT ADMINISTRATIF
- 30.—Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. E-21 219
Voir: EXTRADITION
- 31.—Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. I-2, art. 15, 21 376
Voir: IMMIGRATION
- 32.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28 453
Voir: COURS
- 33.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10..... 170
Voir: TRIBUNAUX
- 34.—Loi sur la Cour fédérale, art. 28..... 751
Voir: DROIT ADMINISTRATIF
- 35.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 71(2) 33
Voir: PRATIQUE
- 36.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 47..... 170
Voir: TRIBUNAUX

LOIS—Fin

37.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 2(1), 38, 41	294
<i>Voir: POURVOI</i>	
38.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 41	783
<i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>	
39.—Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, c. B-3, art. 50(5) ..	341
<i>Voir: CRÉANCIER ET DÉBITEUR</i>	
40.—Loi sur la faillite, S.R.C. 1952, c. 14, art. 64	426
<i>Voir: FAILLITE</i>	
41.—Loi sur la libération conditionnelle de détenus, 1958 (Can.), c. 38, art. 2, 16, 18	108
<i>Voir: LOIS</i>	
42.—Loi sur le transport aérien, S.R.C. 1970, c. C-14 ..	144
<i>Voir: DOMMAGES</i>	
43.—Loi sur les assurances, 1968 (N.-B.), c. 6, art. 2....	735
<i>Voir: ASSURANCE</i>	
44.—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, c. P-4, art. 36(1), 41(1)	555
<i>Voir: BREVETS</i>	
45.—Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, c. R-2, art. 275(2)(4)	815
<i>Voir: CHEMINS DE FER</i>	
46.—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 4(3), 42, 43	170
<i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>	
47.—Loi sur les marques de commerce, 1952-53 (Can.), c. 49, art. 2 <i>d</i>), 18, 47	527
<i>Voir: MARQUES DE COMMERCE</i>	
48.—Loi sur les pénitenciers, 1960-61 (Can.), c. 53, ss. 22, 25	108
<i>Voir: LOIS</i>	
49.—Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, art. 6, 19(2), 21(1)(6)	296
<i>Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR</i>	
50.—Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, art. 3(3) <i>a</i>), 46, 47	53
<i>Voir: VÉHICULE AUTOMOBILE POLICE</i>	
51.—Vehicles Act, R.S.S. 1965, c. 377, art. 137(1) <i>a</i>) ...	126
<i>Voir: VÉHICULE AUTOMOBILE</i>	

MANDAT

Commission — Action en recouvrement intentée par un courtier immobilier contre l'acheteur d'un immeuble — Contradiction quant aux faits — Le juge de première instance accepte la preuve apportée par la défense — Défendeur chargeant la demanderesse de faire une offre — Offre refusée — Action en recouvrement d'une commission rejetée.

GINTER *et al.* c. OLDFIELD, KIRBY & GARDNER REAL ESTATE LTD., 292.

MARQUES DE COMMERCE

Enregistrement — Validité — Caractère distinctif — Cessions de la marque du fabricant au cédant, et du cédant au propriétaire enregistré — Marque apposée par fabricant sur produit assemblée par propriétaire — Entente avec fabricant conférant au propriétaire droits exclusifs de distribution du produit avec certaines restrictions — La marque cédée n'identifie pas marchandise comme celles du propriétaire cessionnaire — Loi sur les marques de commerce, 1952-53 (Can.), c. 49, art. 2*d*), 18, 47.

BRECK'S SPORTING GOODS CO. LTD. c. Magder *et al.*, 527.

MÉDECIN ET CHIRURGIEN

Vente de médicament au patient pour durée du traitement — Légalité — Loi médicale, S.R.Q. 1964, c. 249, art. 59 — Loi de Pharmacie, S.R.Q. 1964, c. 255, art. 21, 59.

LAPORTE C. COLLÈGE DES PHARMACIENS (QUÉBEC), 101.

NÉGLIGENCE

1. Responsabilité de propriétaire — Chute d'un invité en béquille sur plaque de glace l'hiver — Escalier extérieur en bonne condition — Nettoyage adéquat — Aide refusée par invité — Propriétaire non tenu de prévenir toute possibilité d'accident — Code civil, art. 1053.

SWIFT C. McDOUGALL, 240.

2. Police — Ministère de la Voirie — Lien de causalité — Négligence contributive — Répartition de la responsabilité.

R. c. CÔTÉ, 595.

3. Accident survenue à un passage à niveau — Enfant qui attend à un passage pendant qu'un train de marchandises effectue lentement des manœuvres d'aiguillage — Y avait-il des circonstances exceptionnelles demandant à la compagnie de chemin de fer de prendre des précautions supplémentaires proportionnelles aux risques de danger prévisible?

PASKIVSKI C. CANADIEN PACIFIC LTÉE, 687.

POLICE

1. Obligation de diligence après un accident routier — Obligation statutaire — Omission de prendre les précautions nécessaires pour avertir les automobilistes du danger — Omission d'avoir averti le ministère de la Voirie avec célérité — The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, art. 3(3)*a*), 46 et 47.

O'ROURKE *et al.* c. SCHACHT, 53.

2. Rapport à l'effet de dégrader directeur du service de police — Normalisation de grade demandée par procureur général — Bref d'évocation — Commission, tribunal quasi-judiciaire — Règles de justice naturelle — Loi de police, 1968 (Qué.), c. 17,

POLICE—Fin

art. 20 – Loi constituant le service de police de la Communauté urbaine de Montréal, 1971 (Qué.), c. 93, art. 31.

SAULNIER C. COMMISSION DE POLICE DE QUÉBEC, 572.

POURVOI

1. Loi sur la Cour suprême donnant à cette Cour le pouvoir d'accorder l'autorisation d'interjeter un pourvoi à l'égard de tout jugement définitif ou autre de la plus haute cour de dernier ressort dans une province – Jugement interlocutoire – Autorisation d'interjeter un pourvoi est refusée – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 41.

VANDERLAAN *et al.* c. EDINBURGH DEVELOPMENTS LTD. *et al.*, 294.

2. Loi sur la Cour suprême donnant à la plus haute cour de dernier ressort en une province le pouvoir d'accorder l'autorisation d'interjeter un pourvoi à la Cour suprême dans le cas d'un jugement définitif – Autorisation d'interjeter un pourvoi donné à l'égard d'un arrêt qui confirmait une injonction interlocutoire – Il ne s'agit pas d'un jugement définitif. La Cour n'avait pas juridiction pour accorder l'autorisation – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 2(1) et 38.

VANDERLAAN *et al.* c. EDINBURGH DEVELOPMENTS LTD. *et al.*, 294.

PRATIQUE

Jugement obtenu à la suite d'une action sur privilège de constructeur – Sursis d'exécution de jugement jusqu'à conclusion de l'appel accordé par le juge de première instance – Appel rejeté – Le sursis d'exécution de jugement demeure jusqu'à l'issue du pourvoi devant la Cour suprême du Canada – Autre fait de la Cour d'appel non nécessaire – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, s. 71(2).

FOUNDATION CO. OF CANADA LTD. c. PRINCE ALBERT PULP CO. LTD., 33.

PREUVE

Membre de la faculté requis de donner son opinion sur un collègue – Déclaration faite dans un document confidentiel – Le conseil d'arbitrage a commis une erreur en droit en considérant les déclarations faites par un membre de la faculté comme motif de son licenciement.

SLAVUTYCH C. BAKER *et al.*, 254.

PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

Contrats abandonnés par l'entrepreneur en faillite – Coût pour compléter les travaux dépassant le prix des contrats diminué des montants payés en acompte – Somme retenue par le propriétaire supérieur à la retenue légale obligatoire – Responsabilité du propriétaire envers les réclamants de privilèges –

PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR—Fin

Mechanics' Lien Act, R.S.B.C. 1960, c. 238, art. 6, 19(2), 21(1) et (6).

NORANDA EXPLORATION CO. LTD. *et al.* c. SIGURDSON, 296.

REDDITION DE COMPTE

Débat de compte – Le mari est-il tenu à la représentation des fruits consommés jusqu'à la dissolution du mariage – Code civil, art. 1425, maintenant abrogé.

MORAND V. PAQUIN, 284.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Convention collective – Manque temporaire d'ouvrage – Droit de la compagnie de réduire les heures de travail plutôt que le nombre des employés – Définition de "mise-à-pied".

AIR-CARE LTD. c. UNITED STEEL WORKERS OF AMERICA *et al.*, 2.

2. Convention collective – Grève illégale – Fermeture de la boulangerie décrétée par la direction – A-t-on mis fin aux relations employeur-employé? – L'employeur est-il tenu de s'acquitter de l'obligation de payer l'indemnité de cessation d'emploi prévue à la convention collective?

MCGAVIN TOASTMASTER LIMITED c. AINSCOUGH *et al.*, 718.

REVENU

Impôt sur le revenu – Allocation de coût en capital – Mines – Galeries créées par extraction du minerai – Réutilisation ultérieure prévue – Dépenses de construction et prolongement des galeries non dépenses de capital – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 11(1)a) – Règlements de l'impôt sur le revenu, règle 1100(1)a)(xii), catégorie 12, annexe B, par. f).

DENISON MINES LTD. c. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 245.

ROUTES

1. Prescription – Transporteur public – Dommages à la cargaison – Collision avec un pont peu élevé – The Highway Traffic Act, 1970 R.S.O., c. 202, art. 146(1).

BRUELL FLOAT SERVICE LTD. c. ONTARIO HYDRO, 9.

2. Danger précis – Connaissance du danger et signalisation de ce dernier – Le ministère de la Voirie a l'obligation de remédier au danger ou de signaler sa présence – The Highway Improvement Act, R.S.O. 1960, art. 33(1).

R. c. CÔTÉ, 595.

TAXATION

1. Évaluation pour taxe scolaire – Machinerie déclarée non imposable par une municipalité du territoire scolaire – Base d'évaluation pour tout le territoire scolaire – Loi de l'instruction publique, S.R.Q. 1964, c. 235, art. 373.

COLT INDUSTRIES (CANADA) LTD. *et al.* c. COMMISSAIRES D'ÉCOLES, 117.

2. Impôt sur les opérations forestières – Accord prévoyant le paiement d'une indemnité en retour d'une cession des droits de coupe – Accord signé sous la menace de l'expropriation – Impôt prélevé sur la différence entre le montant de l'indemnité reçue et le prix payé pour acquérir les droits de coupe – La compagnie est-elle tenue de payer cet impôt? – Logging Tax Act, R.S.B.C. 1960, c. 225, art. 2b), modifié par 1969, c. 35, art. 16(1)b).

LE MINISTRE DES FINANCES C. KICKING HORSE FOREST PRODUCTS LTD., 711.

TESTAMENTS

Interprétation – Prohibition d'aliéner ne constitue pas nécessairement substitution – Époux ayant part indivise dans immeuble – Différence dans le texte des deux testaments constituant le même fils légataire de l'immeuble – Code civil, art. 968 et suiv., 975.

O'NEILL *et al.* c. O'NEILL *et al.*, 588.

TRIBUNAUX

Compétence de la Cour suprême du Canada – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, art. 47 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10.

CANADA (P.G.) *et al.* v. CANARD, 170.

VÉHICULE AUTOMOBILE

1. Accident routier – Obligation statutaire d'un policier d'assurer la sécurité du public après un accident antérieur – Policier tenu à réparer le préjudice subi – Responsabilité civile du Commissaire – The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, art. 3(3)a), 46 et 47.

O'ROURKE *et al.* c. SCHACHT, 53.

2. Négligence – Conducteur d'un camion roulant au milieu de la route pour éviter une lisière d'huile fraîche – Omission de se ranger devant un véhicule venant en sens inverse parce que le camion serait probablement éclaboussé d'huile – La conductrice de la voiture venant en sens inverse braque à droite et tombe dans le fossé – Conducteur du camion seul responsable – The Vehicles Act, R.S.S. 1965, c. 377, art. 137(1)a).

JORDAN C. COLEMAN *et al.*, 126.

3. Accident – Faute – Absence de contrat entre les véhicules – Automobiliste arrêtant à l'intersection plutôt qu'au signal d'arrêt – Faute non prouvée – Loi de l'indemnisation des victimes d'accident d'automobile, S.R.Q. 1964, c. 232, art. 3 – Code de la route du Québec, S.R.Q. 1964, c. 231, art. 40, 45.

DUMESNIL C. SHEEHY, 152.

4. Négligence grossière – Conducteur très fatigué – *Res ipsa loquitur* – The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, art. 132(3).

JACKSON C. MILLAR, 225.